

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé et de sciences criminelles

Thèse de doctorat en
soutenue le 15 décembre 2014

Thèse de Doctorat / Décembre 2014

**La matérialité de l'infraction à
l'épreuve des extensions du principe
de territorialité**



Université Panthéon-Assas

Marine JOLY

Sous la direction de

Monsieur Yves MAYAUD
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (ParisII)

Membres du jury :

Monsieur E. VERNY – Professeur à l'Université Rennes 1 – Rapporteur

Madame A. DARSONVILLE – Professeur à l'Université Lille 2 – Rapporteur

Monsieur D. REBUT – Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame J. LEBLOIS-HAPPE – Professeur à l'Université de Strasbourg



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



Université Panthéon-Assas

Remerciements

Résumé :

Avec le développement de la criminalité et de la délinquance internationale, de nombreuses infractions se réalisent partiellement ou totalement hors du territoire de la République. Afin de soumettre ces infractions comportant un élément d'extranéité au droit pénal français, le législateur et les juridictions internes tentent de ramener ces dernières sur le territoire de la République en établissant un lien entre le territoire national et l'infraction transnationale. A défaut pour le territoire d'être modifié, l'infraction est manipulée. Par conséquent, les règles de sa consommation vont se trouver altérées pour les besoins de sa localisation. La présente étude conduit à dégager une progression dans l'artifice qui consiste à retenir un critère de rattachement, soit appartenant à l'élément matériel de l'infraction mais ne pouvant pas être pris en compte, soit n'appartenant pas à l'élément matériel de l'infraction, et donc ne devant pas être pris en compte

Descripteurs :

Extranéité (élément d') – Matérialité – Territorialité (principe de) – Compétence territoriale.

Title and Abstract :

The material element of the offence is confronted to the need to extend the Territorial Principle

With the constant increase of international felony and criminality, more and more offences take place partially or totally out of France. In order to submit these offences with a foreign element to the French criminal law, the national lawmaker and criminal courts are trying to repatriate these breaches within the French territory by trying to establish a link between France and the offence incorporating the foreign element. Since the National boundaries cannot be modified therefore the offence is legally modified. Consequently, the rules regarding the accomplishment of the offence will be modified in order to establish its location.

The present Thesis leads to enhance an artificial progression which consists in retaining a connection for the offence, either pertaining to the material element of the offence but which cannot be taken into account or, either not pertaining to the material element of the offence which should not be taken into account.

Keywords :

Material element – Territorial Principle



Principales abréviations

<i>adde</i>	Ajoutez
<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique Pénal
al.	Alinéa
art.	Article
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly
<i>c/</i>	Contre
<i>C. com.</i>	Code de commerce
<i>C. consom.</i>	Code de la consommation
<i>C. envir.</i>	Code de l'environnement
<i>C. just. milit.</i>	Code de la justice militaire
<i>C. mon. fin.</i>	Code monétaire et financier
<i>C. pén.</i>	Code pénal
<i>C. pr. pén.</i>	Code de procédure pénale
<i>C. propr. intell.</i>	Code de la propriété intellectuelle
<i>C. santé publ.</i>	Code de la santé publique
<i>C. transp.</i>	Code des transports
<i>C. trav.</i>	Code du travail
<i>C. urb.</i>	Code de l'urbanisme
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
ch.	Chambre
Civ. 3 ^e	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cl.	Clunet
comm.	Commentaire
<i>contra</i>	Solution contraire
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle

<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D.A.</i>	Recueil administratif Dalloz
<i>D.C.</i>	Recueil critique Dalloz
<i>D.H.</i>	Recueil hebdomadaire Dalloz
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>Dr. pén.</i>	Droit pénal
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
éd.	Edition
encycl.	Encyclopédie
fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>Gaz. trib.</i>	Gazette des tribunaux
<i>ibid.</i>	Au même endroit
<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP E</i>	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	Semaine juridique, édition générale
<i>JDI</i>	Journal du droit international
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOAN</i>	Journal officiel, débats parlementaires de l'Assemblée Nationale
<i>JOS</i>	Journal officiel, débats parlementaires du Sénat
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro

Ord.	Ordonnance
p.	Page
<i>Petites Affiches</i>	Les petites affiches
Rapp.	Rapport
<i>RCDP</i>	Recueil de droit pénal
<i>RD pén. crim.</i>	Revue de droit pénal et criminologie
<i>Rép. Dalloz</i>	Répertoire Dalloz
<i>Rép. dr. crim.</i>	Répertoire de droit criminel
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. bancaire</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>Rev. dr. intern. pr.</i>	Revue de droit international privé
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RID pén.</i>	Revue internationale de droit pénal
<i>RJDA</i>	Revue juridique de droit administratif
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
ss.	Sous
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
v°	Voir
vol.	Volume

Sommaire

Thèse de Doctorat / Décembre 2014	1
INTRODUCTION	16
PARTIE I – LA MATERIALITE DEMEMBREE	30
Titre I - LE DEMEMBREMENT PAR SUBSTITUTION	31
Chapitre I – La relégation du résultat	33
Section I – L’exigence du résultat au titre de la consommation	34
I – L’exclusion du préjudice	35
A – La différence conceptuelle entre le résultat et le préjudice	35
1 – La confusion habituelle	35
2 – La distinction réelle	37
B – La référence exceptionnelle au préjudice	39
1 – Le rejet de principe	40
2 – Le renvoi d’exception	41
II – L’admission de la remise	44
A – La conséquence naturelle de la tromperie	44
1 – L’existence d’une relation de causalité	44
2 – L’absence de rapport de complexité	45
B – Une composante essentielle de l’escroquerie	52
1 – La fausse éventualité	52
2 – La vraie nécessité	53
Section II – L’indifférence du résultat au stade de la localisation	55
I – L’interversion des critères de localisation	55
A – L’optimisation du rattachement territorial	56
1 – L’affirmation théorique	56
2 – L’application pratique	57
B – L’assimilation du raisonnement artificiel	58
1 – L’évolution jurisprudentielle	58
2 – La consécration légale	59
3 – L’acceptation doctrinale	60
II – La dilution des repères de la consommation	61
A – L’atténuation dangereuse de l’infraction matérielle	62
1 – Le fonctionnement technique	62
2 – Le fondement politique	63
B – Les propositions respectueuses de l’élément matériel	65
1 – Les qualifications pertinentes	65
2 – Une localisation efficiente	67

Chapitre II – La révélation du résultat	73
Section I – La contingence du résultat dans la consommation	74
I – La réalisation d’une opération boursière	75
A – La conception matérielle suggérée par la logique	76
1 – La lettre de la loi	76
2 – L’esprit de la loi	78
B – L’acception formelle décrétée par la pratique	82
1 – L’extrapolation de la doctrine	82
2 – L’exagération de la jurisprudence	85
II – La participation à une opération boursière	88
A – L’élaboration successive	90
1 – La caractérisation impossible de la participation à une opération boursière	90
2 – L’incrimination palliative de la communication d’une information privilégiée	92
B – L’application alternative	97
1 – L’infraction formelle exigeant l’absence de résultat	97
2 – L’infraction formelle ignorant l’absence de résultat	98
Section II – La référence au résultat dans la localisation	101
I – Les enseignements de la motivation	101
A – La modulation des arguments	102
B – La connotation du fondement	105
1 – L’interférence de la condition préalable	106
2 – La renaissance du résultat	109
II – Les inconvénients de la solution	114
A – Un fondement inutile	114
1 – L’oubli énigmatique du principe	114
2 – Le recours systématique à l’extension	115
B – Un critère artificiel	116
Titre II – Le démembrement par subdivision	118
Chapitre I – L’exploitation de la pluralité	120
Section I – L’isolement des actes	120
I – Une manipulation unique	120
A – L’indépendance des entités	120
1 – L’abondance des possibilités	121
2 – L’ignorance de la pluralité	124
B – La récurrence du procédé	125
II – Des manifestations multiples	126
A – <i>La conviction pour l’infraction complexe</i>	127
1 – L’affirmation explicite	127
2 – Des applications innombrables	129
B – L’hésitation pour l’infraction d’habitude	132

1 – Des illustrations introuvables _____	132
2 – La déduction implicite _____	138
Section II – L'étirement du comportement _____	140
I – La durée imposée par l'incrimination _____	142
A – La dualité des configurations théoriques _____	142
B – Les difficultés de manipulation pratique _____	143
1 – La confusion avec la continuité _____	144
2 – La propension à l'instantanéité _____	149
II – La continuité injectée par la localisation _____	157
A – L'aspect inhabituel _____	158
1 – L'adjonction traditionnelle de l'après _____	158
2 – L'annexion accidentelle de l'avant _____	160
B – L'atout inexistant _____	162
1 – Une transformation dommageable pour la consommation _____	163
2 – Une prolongation négligeable pour la localisation _____	164
Chapitre II – La création de la complexité _____	166
Section I – Le mirage de la complexité démasqué _____	167
I – La reconduction d'une confusion perpétuelle _____	168
A – L'exigence de la remise _____	168
B – La consistance de la tromperie _____	170
1 – Les impératifs de la consommation _____	170
2 – Les implications sur la localisation _____	173
II – L'élaboration de constructions ponctuelles _____	175
A – Le procédé spécifique des infractions à distance _____	176
1 – Le constat _____	176
2 – La critique _____	178
B – Le processus générique des infractions par étapes _____	181
1 – Le constat _____	181
2 – La critique _____	188
Section II – Le visage de la complexité déformé _____	191
I – Le rétrécissement au fil du temps _____	191
A – La limitation de la notion _____	191
1 – La conception ancienne _____	191
2 – La définition récente _____	193
B – La raréfaction des infractions _____	194
1 – Le faux exemple de l'escroquerie _____	194
2 – Les vrais exemples du droit pénal spécial _____	195
II – Le renouvellement au gré de l'espace _____	197
A – La diversité des situations _____	197
1 – Les composantes internes _____	197

2 – Les circonstances externes _____	199
B – La pluralité comme définition _____	201
1 – L’extension infinie de la complexité _____	201
2 – L’extinction annoncée de la catégorie _____	202
PARTIE II – LA MATERIALITE DEBORDEE _____	205
Titre I – Le débordement par anticipation _____	206
Chapitre I – Les phases de l’ <i>iter criminis</i> _____	207
Section I – Les contradictions du commencement d’exécution _____	208
I – Le rattachement ébranlable de l’infraction tentée _____	209
A – Le commencement d’exécution proclamé _____	210
1 – Une désignation évidente _____	210
2 – Une démonstration déficiente _____	211
B – Le désistement involontaire occulté _____	215
1 – Le rejet au stade de la localisation _____	215
2 – Le recul au sein de la composition _____	218
II – Le rapatriement préférable de l’infraction consommée _____	221
A – Le décryptage de la localisation _____	221
B – Le calibrage de la qualification _____	222
1 – L’absence de résultat _____	224
2 – L’absence de désistement volontaire _____	225
Section II – L’exagération des actes préparatoires _____	228
I – L’exclusion initiale _____	228
A – Un choix cohérent _____	228
1 – Plusieurs illustrations _____	228
2 – Une seule explication _____	229
B – L’enjeu subséquent _____	230
II – L’admission actuelle _____	232
A – L’ajout timide par la localisation _____	232
1 – L’arrêt équivoque de 1983 _____	232
2 – L’arrêt univoque de 1988 _____	236
B – L’impacte minime sur la consommation _____	237
Chapitre II – La condition préalable _____	240
Section I – La vraie naissance par l’exclusion _____	240
I – L’opposition doctrinale _____	241
A – La découverte _____	241
1 – Le précurseur _____	241
2 – Les successeurs _____	242
B – La controverse _____	244
1 – La dénégation _____	244

2 – Les implications _____	245
II – La position jurisprudentielle _____	246
A – L’enjeu en matière de localisation _____	246
B – Le rejet des critères de localisation _____	248
1 – La référence exclusive au détournement _____	248
2 – L’indifférence explicite à tout autre élément _____	250
Section II – La fausse mort par l’admission _____	253
I – La manipulation en pratique _____	253
A – La récupération effective _____	253
1 – Le revirement progressif _____	253
2 – Le recrutement intensif _____	259
B – Une utilisation sélective _____	264
1 – La consécration _____	265
2 – La reconduction _____	266
II – Les détériorations théoriques _____	270
A – L’affaiblissement du concept de condition préalable _____	271
1 – La disparité du régime _____	272
2 – La fragilité de la notion _____	274
B – Le bouleversement des contours de l’infraction punissable _____	276
1 – Un recouvrement à l’extérieur _____	276
2 – Le rattachement par l’intérieur _____	279
Titre II – Le débordement par prolongation _____	284
Chapitre I – La référence constante de la localisation _____	285
Section I – L’identification du concept _____	285
I – La confusion usuelle _____	287
A – La correspondance linguistique _____	287
B – Les interférences juridiques _____	288
1 – Les théories du résultat _____	289
2 – La théorie de la tentative _____	291
3 – Les théories de la localisation _____	292
II – La distinction essentielle _____	293
A – La différence de cause _____	294
1 – La cause du résultat : le comportement _____	294
2 – La cause des effets : l’infraction _____	294
B – La divergence de rôle _____	295
1 – La dimension constitutive du résultat _____	295
2 – La propension figurative des effets _____	296
Section II – La récupération du critère _____	299
I – Un critère de rattachement très enraciné _____	299
A – La proclamation par la jurisprudence _____	300

1 – La stabilité de la solution _____	300
2 – L’opportunité de l’affirmation _____	301
B – La consécration par le législateur _____	304
1 – L’instauration de l’ancien article 693 du Code de procédure pénale _____	304
2 – La rédaction de l’actuel article 113-2 du Code pénal _____	305
II – Un facteur de rapatriement sous-évalué _____	306
A – Les effets de l’infraction matérielle _____	307
1 – La confirmation de la nature matérielle du vol _____	308
2 – La contestation de la durée continue du vol d’usage _____	314
B – Les effets de l’infraction formelle _____	316
1 – La réalisation effective du résultat redouté _____	317
2 – La caractérisation dégressive des effets _____	320
Chapitre II – Les résonances néfastes sur la consommation _____	326
Section I – L’étirement du temps _____	327
I – L’ubiquité convoitée de l’infraction continue _____	327
A – Les avantages de la durée prévue par la consommation _____	327
1 – La définition restrictive _____	327
2 – La localisation extensive _____	330
B – Les artifices de durée produits par la localisation _____	332
1 – Le commencement avancé _____	333
2 – L’achèvement retardé _____	334
II – L’utilité consacrée de l’infraction permanente _____	335
A – Le rejet apparent _____	335
1 – Une fonction stratégique _____	335
2 – Une notion théorique _____	337
B – Le recours évident _____	338
2 – L’extension potentielle _____	341
Section II – L’accroissement du nombre _____	343
I – L’annexion d’un résultat _____	344
A – L’atténuation de l’infraction formelle _____	344
B – La transformation en infraction matérielle _____	346
II – L’adjonction d’un acte _____	348
A – La prolifération de faux exemples d’infractions complexes _____	348
B – La détérioration du vrai concept d’infraction complexe _____	352
CONCLUSION GENERALE _____	354

INTRODUCTION

1.- Le droit pénal renferme un dilemme. C'est l'une des branches du droit dont l'objet s'avère le plus international, mais dont la source demeure la plus nationale. En effet, expression de la souveraineté de l'Etat, le droit pénal est, exclusivement ou presque, d'émanation et d'application hexagonale, quand bien même celui-ci est fréquemment confronté à des infractions transnationales, c'est-à-dire à des « *activités antisociales dont la préparation, la réalisation ou les conséquences impliquent le franchissement d'au moins une frontière par une personne, un objet ou une volonté exprimée* »¹. Cependant, à constamment s'efforcer qu'une infraction partiellement, voire totalement reliée à un ordre juridique étranger, soit réprimée par la législation et les juridictions françaises, le droit pénal n'en ressort pas indemne.

2.- Angolagate, Arche de Zoé, Erika, Péchiney-Triangle, Pétrole contre nourriture, Pirates du Carré d'As, Sentier I, II et III, ces procès médiatiques, dont le rythme s'accélère au fil des années, ne représentent que la partie émergée du phénomène selon lequel les infractions délaissent un cadre national, pour rejoindre une dimension internationale.

Cette internationalisation de la criminalité est quasi-systématiquement associée à la société contemporaine. L'assertion est erronée, la formation du phénomène n'étant pas récente, mais l'impression est justifiée, l'évolution de ce dernier étant croissante. Depuis toujours, les délinquants franchissent les frontières, qui se révèlent incontestablement être des « *alliées objectives* »² au regard des avantages qu'elles procurent³. L'éloignement de l'infraction, la lenteur de

¹. BOSSARD, « La criminalité transfrontières multidisciplinaire », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 756.

². VUELTA-SIMON, « Aperçu de la justice pénale française à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Mélanges Pradel*, Cujas, 2004, p. 660.

³. Le passage d'un Etat à un autre n'est pas toujours guidé par un dessein criminel, et peut être lié à des difficultés économiques, sociales ou politiques. Dans le premier cas, la commission de l'infraction est la cause du franchissement de la frontière, le changement de territoire promettant un environnement porteur de criminalité. Dans le second cas, la commission de l'infraction est la conséquence du franchissement de la frontière, le changement de territoire provoquant un

l'information, la disparité des législations, ou encore la réticence à l'extradition, incarnent autant de garanties, sinon d'impunité pour les auteurs d'infractions, au moins de difficultés pour les autorités de poursuite⁴. Mais il est vrai, plus que jamais, les délinquants enjambent les frontières, qui s'amenuisent progressivement avec la modernisation et la mondialisation. Ces dernières facilitent le passage matériel, avec l'ouverture des économies et le développement des transports, mais aussi virtuel, avec l'avènement des nouvelles technologies et le progrès des communications.

3.- Les infractions qui forment la criminalité internationale recouvrent les qualifications les plus diverses, allant des atteintes contre les personnes à celles contre l'environnement, en passant par la délinquance d'affaire et financière. Certains types d'infractions, de par la finalité qu'elles poursuivent, comme le blanchiment, ou le procédé qu'elles emploient, comme la bande organisée ou Internet, ont une vocation internationale plus poussée que d'autres. Néanmoins, toute infraction quelle qu'elle soit, peut potentiellement faire l'objet d'un éclatement dans l'espace.

Même dans leur ressemblance, celle de comporter un élément d'extranéité⁵, ces infractions comportent des différences, cet élément d'extranéité les grevant de multiples façons, soit par le territoire où elles sont commises, soit par les auteurs qui l'accomplissent, soit encore par les victimes qui les subissent⁶.

4.- Dépassant leurs disparités de qualification ou de réalisation, les infractions comportant un élément d'extranéité soulèvent les mêmes difficultés en termes de répression, concernant notamment la mise en œuvre des investigations sur un territoire étranger, les procédures de remise à un Etat étranger, l'exécution d'une

déracinement générateur de criminalité. Sur ce point : HUET et KÆRING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005, p. 3, n° 3 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 385, n° 285.

⁴. BERNASCONI, « Les infractions transfrontières : terrorisme, trafic de stupéfiants, délits financiers », *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica, 1993, p. 75. L'auteur montre comment la criminalité internationale tire avantage de la souveraineté nationale en matière pénale.

⁵. S'il était vraiment besoin de le préciser, dans la présente étude, ce qui est étranger renvoie à ce qui n'est pas français.

⁶. Une infraction peut être internationale, non seulement par ses circonstances de réalisation, mais également par son processus de réalisation, lorsqu'elle émane d'un texte à valeur supra législative, c'est-à-dire une convention, une directive ou un traité, communautaire, européen ou international. Cependant, ces infractions sont exclues de la présente étude, dans la mesure où malgré leur source internationale, elles peuvent se commettre dans un cadre interne, donc n'impliquer aucun franchissement de frontière.

condamnation rendue par une juridiction étrangère, et surtout, la détermination de l'Etat compétent pour connaître des infractions en cause.

Lorsqu'une infraction entretient des contacts avec plusieurs ordres juridiques, que ce soit à travers le territoire, l'auteur ou la victime, elle porte atteinte à autant d'ordres publics que d'Etats concernés. Ces derniers se trouvent donc dans une situation de conflit de compétence, qui peut déboucher sur deux issues. Soit les Etats considèrent que leur ordre public n'est pas véritablement atteint, car l'infraction ne leur est pas totalement rattachée, et ils refusent de revendiquer la répression de cette dernière. Il y a alors conflit négatif de compétence, aucun Etat n'entendant juger l'infraction. Soit les Etats considèrent que leur ordre public est suffisamment affecté, même si l'infraction ne leur est que partiellement reliée, et ils décident alors de procéder à la répression de cette dernière. Il y a cette fois conflit positif de compétence, tous les Etats prétendant juger l'infraction.

Des deux hypothèses, aucune n'est souhaitable. La première, parce qu'elle assure l'impunité des auteurs. La seconde, parce qu'elle sanctionne plusieurs fois un auteur, ce qui est contraire au principe *non bis in idem*, qui interdit d'être jugé deux fois pour un même fait. Cependant, des deux hypothèses, la seconde est la plus probable. Au nom de la souveraineté, chaque Etat, dès lors que son ordre public est enfreint, cherche à en assurer la protection, à travers la répression de l'infraction devant ses juridictions répressives, et au regard de sa loi pénale. C'est cette même souveraineté, qui fait qu'à ce conflit international, chaque Etat, dont la France, apporte une réponse nationale.

5.- Attribut de la souveraineté, le droit pénal relève du monopole de l'Etat. Cette réalité⁷, qui transparaît explicitement dans l'expression « *pas de pénal sans*

⁷. Le monopole étatique sur le droit pénal se ressent doublement, dans la définition comme dans la mise en œuvre du droit pénal. D'une part, dans sa définition, le droit pénal est constamment associé à l'Etat. Selon les auteurs, le droit pénal constitue « *l'ensemble des lois qui réglementent dans chaque pays l'exercice de la répression par l'Etat* » (GARRAUD, *Précis de droit criminel, Explication élémentaire de la pratique du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Sirey, 15^e éd., 1934, p. 1), ou encore « *l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'Etat vis-à-vis des infractions* » (MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 211). D'autre part, dans sa mise en œuvre, le droit pénal est entièrement rattaché à l'Etat. D'abord, les règles de fond et de procédure sont déterminées par le Parlement et le Gouvernement, institutions étatiques. Ensuite, les poursuites sont exercées par le procureur de la République, représentant de la société. De plus, les sanctions sont prononcées par les juridictions répressives puis exécutées par l'administration pénitentiaire, organes du service public. Enfin, l'Etat est la seule personne morale dont la responsabilité pénale ne peut pas

l'Etat, pas d'Etat sans pénal »⁸, n'a pas toujours été. La récupération de la vengeance privée par les pouvoirs publics ne s'est faite que tardivement, au XIII^e siècle, avec l'apparition de la Monarchie⁹. Et cette prérogative exclusive, qu'il a mis des décennies à conquérir, l'Etat n'est pas prêt à s'en départir. Certes, pour s'adapter à la délinquance internationale et honorer ses engagements internationaux, l'Etat a toléré certaines entorses à la souveraineté¹⁰, et opéré quelques concessions à travers ce que la doctrine dénomme l'internationalisation du droit pénal¹¹. Une telle « ouverture » du droit pénal se manifeste à travers la coopération policière et judiciaire, l'harmonisation des législations, la création de la Cour pénale internationale. Cependant, il demeure un bastion intouchable, la détermination des règles de compétence en présence d'une infraction comportant un élément d'extranéité. C'est la raison pour laquelle, il n'existe pas en matière pénale, l'équivalent du droit international privé en matière civile¹².

La provenance interne des règles de compétence internationale se ressent nécessairement sur la consistance de ces dernières. Si la France tient à édicter ses propres règles de compétence, c'est pour mieux aménager sa seule compétence. A ce titre, le Code pénal et le Code de procédure prévoient plusieurs hypothèses permettant l'application de la loi pénale française par les juridictions répressives nationales¹³. Ainsi, il est possible de dénombrer pas moins de six chefs de

être engagée (*C. pén.*, art. 121-1, al. 1), ce dernier ne pouvant se punir lui-même, alors que rien ne s'oppose à ce que sa responsabilité civile soit mise en cause.

⁸. LEVY et ROUSSEAU, *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIII^e-XX^e siècles)*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, p. 15.

⁹. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014.

¹⁰. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 2 ; MASSE, « Des figures asymétriques de l'internationalisation », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 755.

¹¹. Pour quelques contributions d'ensemble : Dossier, « L'internationalisation du droit pénal », *Dr. pén.* 2006 ; Dossier, « Des figures de l'internationalisation pénale », *Rev. sc. crim.* 2006 (réparti sur les quatre numéros) ; HENZELIN et ROTH, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, 2002 ; ROBERT, « La mondialisation du droit pénal », *Dr. pén.* 2004, p. 3.

¹². Les dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénales organisant la compétence de la loi pénale et des juridictions répressives forment une discipline à part entière, appelée le droit pénal international. Cependant, le droit pénal international n'est pas l'homologue en droit pénal, du droit international privé en droit civil.

¹³. Le principe de solidarité des compétences législative et judiciaire rend l'application de la loi et la compétence des juridictions indissociables : le juge répressif national applique toujours la loi pénale française, jamais la loi pénale étrangère. Pour une critique du principe de solidarité : DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Panthéon-Assas, 2004 ; KERING-JOULIN, *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction : essai sur le règlement des conflits des lois pénales dans l'espace*, Thèse Strasbourg, 1973 ; LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal : la remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 337.

compétence¹⁴ : la compétence territoriale (*C. pén.*, art. 113-2), lorsque l'infraction est commise sur le territoire de la République, la compétence personnelle active (*C. pén.*, art. 113-6), lorsque l'auteur de l'infraction est de nationalité française, la compétence personnelle passive (*C. pén.*, art. 113-7), lorsque la victime de l'infraction est de nationalité française, la compétence subsidiaire (*C. pén.*, art. 113-8-1), lorsque l'auteur de l'infraction est appréhendé sur le territoire de la République, la compétence réelle (*C. pén.*, art. 113-10), lorsque l'infraction porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, et enfin la compétence universelle (*C. pr. pén.*, art. 689-1), lorsque l'infraction est incriminée par des conventions internationales limitativement énumérées. Au regard de l'ensemble de ces dispositions, rares sont les circonstances dans lesquelles il n'est pas possible de retenir la compétence des juridictions répressives nationales pour appliquer la loi pénale française. Cependant, la sauvegarde de la souveraineté ne passe pas seulement par l'application de la loi pénale française le plus souvent possible, mais implique également que cette dernière fasse le moins de concessions possibles. Par conséquent, si à travers tous ces articles, le législateur s'emploie à permettre une compétence extensive, la jurisprudence se charge quant à elle de rendre cette compétence exclusive.

6.- Afin d'assurer l'hégémonie de la loi pénale française, la jurisprudence instaure une articulation stratégique entre les chefs de compétence. Elle ne se contente pas de reconnaître l'application de la loi pénale française sur un fondement quelconque, mais cherche à retenir l'application de la loi pénale française sur un fondement particulier, la compétence territoriale. La raison est simple, et la façon d'y parvenir l'est tout autant.

La raison pour laquelle la jurisprudence souhaite privilégier la compétence territoriale par rapport aux autres chefs de compétence, réside dans les avantages procurés par la première, et dont sont dépourvus les seconds. En effet, si tous les fondements engendrent l'application de la loi pénale française, en revanche tous ne le

¹⁴. Pour une étude approfondie : DONNEDIEU DE VABRES, DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Panthéon-Assas, 2004 ; HUET et KØRING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979 ; LOMBOIS, « L'avant projet de révision du code pénal : le droit pénal international », *RID pén.* 1980, p. 55 ; MANACORDA, « Le droit pénal international dans les réformes française et italienne », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 332 ; MASSE, « Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur Code pénal », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 398 ; REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 2012.

permettent pas avec la même facilité, ni la même intensité. Seule la compétence territoriale n'est soumise à aucune autre condition que celle de son critère de mise en œuvre, à savoir l'existence d'un lien entre l'infraction et le sol national. Justement, parce que l'atteinte au territoire de la République constitue le trouble le plus fort à l'ordre public, dès lors qu'un lien entre l'infraction et le sol national est établi, la loi pénale française est légitimement reconnue comme pouvant rayonner pleinement, sans aucune restriction, notamment sans avoir à tenir compte de la législation répressive ou d'une décision de justice étrangère¹⁵. Par exemple, l'application de la loi pénale française sur le fondement de la compétence territoriale n'est pas subordonnée à la réciprocité d'incrimination par la loi pénale étrangère, ni à la requête du ministère public, à une plainte de la victime, ou à une dénonciation des autorités étrangères, pas plus qu'à l'autorité de la chose jugée d'une condamnation étrangère pour les mêmes faits¹⁶, ou encore à l'existence d'une convention internationale.

La façon dont la jurisprudence procède pour faire primer la compétence territoriale sur les autres chefs de compétence, consiste à établir une hiérarchie dans l'examen des critères de rattachement possibles. Le choix du critère n'est pas guidé par les circonstances, mais posé par elle à l'avance. En d'autres termes, la jurisprudence commence invariablement par tenter d'établir un lien entre l'infraction et le sol national, quand bien même un tel lien n'est pas flagrant, voire semble absent de prime abord. Et c'est seulement en cas d'impossibilité totale d'appliquer la compétence territoriale, qu'elle se rabat sur un autre chef de compétence¹⁷. La compétence territoriale passe donc toujours en priorité, quitte parfois à être un peu forcée.

7.- Afin d'imposer la suprématie de la compétence territoriale, la jurisprudence adopte une interprétation opportuniste du rattachement entre l'infraction et

¹⁵. Certes, la compétence réelle (*C. pén.*, art. 113-10) présente les mêmes avantages que la compétence territoriale (*C. pén.*, art. 113-2), cependant elle est cantonnée à une catégorie d'infractions limitée.

¹⁶. *Crim.*, 17 mars 1999, n° 98-80.413, *Bull. crim.* n° 44 ; *Crim.*, 8 juin 2005, n° 05-81.800, *Bull. crim.* n° 174. Seuls les rapports étroits que la France entretient avec certains Etats, échappent à cette solution : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 110, n° 101.

¹⁷. Pour un exemple de décision, dans laquelle la chambre de l'instruction invoque la compétence territoriale (*C. pén.*, art. 113-2) à titre principal, et proposent la compétence personnelle active (*C. pén.*, art. 113-6) à titre subsidiaire : *Crim.*, 15 mars 2006, n° 05-83.556, *Bull. crim.* n° 78, *AJ pénal* 2006, p. 269, Cartier, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 634, Giudicelli.

l'hexagone. La compétence territoriale est subordonnée à une seule condition, la réalisation de l'infraction sur le territoire de la République. Peu importe que la nationalité de l'auteur ou de la victime soit étrangère, dès lors que l'infraction se trouve sur le sol français, la compétence territoriale s'applique. La jurisprudence s'atèle donc à accroître les hypothèses de localisation d'une infraction en France. A défaut de pouvoir étendre le territoire de la République¹⁸ pour atteindre les infractions, elle attire les infractions sur le territoire de la République. Pour y parvenir, la jurisprudence a procédé en deux temps, en admettant que le rattachement territorial soit partiel, puis que ce dernier soit variable.

Dans un premier temps, les juridictions élargissent les possibilités de recours à la compétence territoriale, en décrétant que le lien entre l'infraction et le sol national peut n'être que partiel. Logiquement, dans la mesure où une infraction exige la réunion de plusieurs composantes, celle-ci ne peut être juridiquement considérée comme commise sur le territoire de la République que si toutes sont réalisées en France. Dès lors, chaque fois qu'une seule composante, et non la totalité, a lieu sur le sol national, la compétence territoriale est impossible¹⁹. C'est la raison pour laquelle, très rapidement, bien avant l'entrée en vigueur de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale et de l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal²⁰, la jurisprudence a considéré qu'une infraction est commise sur le territoire de la République, non seulement lorsque toute l'infraction est réalisée en France, mais également lorsqu'une partie de l'infraction est effectuée sur le sol national. Cette territorialité par extension repose donc sur une fiction²¹, et plus exactement une « *fiction par assimilation* »²², qui consiste à faire comme si une infraction partiellement accomplie en France équivaut à une infraction totalement commise sur le territoire de la République, en vue de lui faire produire le même effet de droit, à

¹⁸. Sur le territoire de la République, sa définition et ses extensions : *C. pén.*, 113-1 ; 113-3 ; 113-4 ; 113-11 ; 113-12.

¹⁹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 106, n° 97.

²⁰. Les premières décisions datent de la fin du XIX^e siècle, lorsque les règles d'application de la loi pénale dans l'espace se résument à l'article 3 du Code civil, qui dispose que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* », et à quelques dispositions du Code pénal, propres à certaines infractions.

²¹. Sur ce point : HARDOUIN-LE GOFF, « Les fictions légales en droit pénal », *Dr. pén.* 2009, p. 10 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 310, n° 256. Au demeurant, la fiction transparaît dans la rédaction de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, et de l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, à travers l'expression « *l'infraction est réputée commise* ».

²². MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 106, n° 97.

savoir l'application de la compétence territoriale. Si la solution a pu diviser la doctrine, entre les partisans²³ et les opposants²⁴ à la fiction, la controverse est désormais dépassée, l'extension jurisprudentielle ayant reçu une consécration légale, dans l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, puis dans l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal²⁵.

Dans un second temps, la jurisprudence multiplie les possibilités de recours à la compétence territoriale, en décrétant que le lien entre l'infraction et le sol national peut être variable. C'est une chose de considérer qu'une composante de l'infraction suffit à localiser cette dernière en France, mais cela en est une autre de déterminer quelle composante de l'infraction peut remplir une telle fonction. La loi a posé un critère. En effet, l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal dispose que « *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* »²⁶. Cependant, l'expression « fait constitutif »

²³. BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 1304, n° 1697 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 928, n° 1638 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 306, n° 251 ; TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 219, n° 159.

²⁴. BERNARD, *Conflits de souveraineté en matière pénale*, Paris, 1901, p. 33 ; GARRAUD, *Précis de droit criminel, Explication élémentaire de la pratique du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Sirey, 15^e éd., 1934, p. 152, n° 60 ; LEVASSEUR, *Droit pénal général complémentaire*, Paris, 1960, p. 128 ; RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 239, n° 203 ; ROUJOU DE BOUBÉE, « La mise en œuvre du Code pénal », *D.H.* 1996, p. 371.

²⁵. D'autres artifices permettent le recours à la compétence territoriale, comme la complicité (*C. pén.*, art. 113-5), la connexité (*C. pr. pén.*, art. 203) ou l'indivisibilité (théorie purement jurisprudentielle). Cependant, ces aspects ne seront pas étudiés, dans la mesure où ils font intervenir, non pas une infraction, mais deux infractions. En effet, le lien entre l'infraction et le territoire n'est pas puisé dans sa portion réalisée en France, mais dans sa relation avec une autre infraction, qui elle est effectuée en France. Sur l'exploitation de cette situation de dépendance, à des fins de localisation : DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, Cujas, 2006.

²⁶. Les formules « *acte caractérisant un élément constitutif* » de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, et « *fait constitutif* » de l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal étant considérée comme synonymes, les développements qui suivent se concentreront sur l'expression en vigueur, à savoir celle de fait constitutif. Sur la synonymie entre les deux formules : JOAN 1989, p. 106 ; JOS 1989, p. 614 p. 106. *Adde* : Crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Boulloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Boulloc ; Crim., 28 nov. 1996, n° 95-80.168, *Bull. crim.* n° 437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, Véron, *JCP G* 1997, I, 3041, Véron, *RTD com.* 1997, p. 520, Boulloc ; Crim., 22 mai 1997, n° 94-85.933, *Bull. crim.* n° 198 ; Crim., 14 nov. 2002, n° 01-86.021 (inédit) ; Crim., 4 févr. 2004, n° 03-81.984, *Bull. crim.* n° 32 ; *AJ Pénal* 2004, p. 157, Pitoun, *D.* 2005, p. 621, Malabat, *Dr. pén.* 2004, comm. 80, Véron, *Gaz. Pal.* 2004, 3, p. 3237, Monnet, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 633, Fortis, *ibid.* 2004, p. 639, Mayaud ; Crim., 26 sept. 2007, n° 07-83.829, *Bull. crim.* n° 224, *AJ Pénal* 2008, p. 137, Cartier, *D.* 2008, p. 1179, Rebut, *Dr. pén.* 2007, comm. 150, Véron, *JCP G* 2008, II, 10047, Segonds, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 69, Fortis.

ne renvoie à aucune notion connue en droit pénal. Instinctivement, l'idée vient à l'esprit d'assimiler le fait constitutif à un élément constitutif, concept bien identifié, mais si le législateur a pris soin d'employer le terme « fait » et non « élément », c'est que les deux expressions ne sont pas synonymes. La doctrine a quant à elle proposé trois théories²⁷. La théorie de l'action²⁸, la théorie du résultat²⁹, et la théorie de l'ubiquité ou de l'indifférence³⁰, cette dernière se voulant la compilation des deux premières. Pourtant, aucune d'entre elles n'offre de réponse satisfaisante en raison, non seulement de leur appellation, mais encore de leur signification. D'un auteur à l'autre, voire sous la même plume, l'action se nomme tour à tour un acte, un comportement, un fait matériel, ou un fait générateur, et le résultat un dommage, un préjudice, une conséquence, ou un effet. Or, loin d'être équivalents, chaque terme revêt une signification précise en droit pénal. Ces fluctuations lexicales se ressentent sur la teneur des concepts, l'action englobant parfois le résultat *stricto sensu*, et le résultat consistant, tantôt dans le résultat *stricto sensu*, conséquence du comportement, tantôt dans les effets, conséquences de l'infraction. Difficile, à travers ces multiples interprétations, de saisir la substance du fait constitutif ! Inutile, à vrai dire, la jurisprudence ayant depuis toujours, opté pour l'opportunité ! Ainsi, le

²⁷. Certains auteurs en décèlent quatre, opérant une distinction entre la théorie du but immédiat (effets voulus par le délinquant) et la théorie du résultat (effets de l'action, voulus ou non par le délinquant). Sur ce point : BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 1304, n° 1696 ; CANONNE, *Essai de droit pénal international : l'affaire du Lotus*, Thèse Toulouse, 1929, p. 119 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 926, n° 1633.

²⁸. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 928, n° 1638 ; KØRING-JOULIN, *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction : essai sur le règlement des conflits des lois pénales dans l'espace*, Thèse Strasbourg, 1973 ; LEGEAIS, « L'évolution des solutions françaises des conflits de lois en matière pénale », *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 545.

²⁹. BERNARD, *Conflits de souveraineté en matière pénale*, Paris, 1901, p. 23 ; CANONNE, *Essai de droit pénal international : l'affaire du Lotus*, Thèse Toulouse, 1929 ; DELOURME, *Principes généraux du droit international en matière criminelle*, Thorin, 1882, p. 78 et 105 ; JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris 1771, p. 414. *Adde* : CPJI, 7 sept. 1927 (affaire du Lotus), *Rev. crit. DIP* 1928, p. 377, Donnedieu de Vabres, *RID pén.* 1929, p. 325.

³⁰. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 381, n° 561 ; HERZOG, « Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger », *Etudes de droit contemporain, Contribution française au 7^e Congrès international de droit comparé*, Uppsala, 1966, p. 545 ; LANGEMEIJER, « Le principe de territorialité du droit pénal », *Mélanges Van Bemmelen*, Leyde, 1965, p. 17 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 306, n° 251 ; MERCIER, « Le conflit des lois pénales », *Revue de droit pénal et de législation comparée* 1931, p. 439 ; ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Plon, 5^e éd. 1886, p. 433, n° 952 ; ROUX, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^e éd., 1927, p. 130 ; TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 176, n° 114 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1949, p. 1394, n° 904 bis.

moindre élément composant ou entourant l'infraction, peut servir de critère de localisation.

8.- La conception extensive de la notion de fait constitutif, est audacieuse, et ce pour deux raisons, l'une politique, et l'autre juridique. D'une part, l'interprétation est audacieuse d'un point de vue politique, dans la mesure où l'extension de territorialité proclamée par la jurisprudence, même consacrée par le législateur, n'en demeure pas moins un artifice, consistant à retenir la compétence territoriale, en présence d'une infraction qui n'est pas commise sur le territoire de la République³¹. D'ailleurs, la doctrine parle à juste titre de « *forçage* »³² de la territorialité. La mise en œuvre d'un fondement autorisant le rayonnement total de la loi pénale française, malgré un rattachement partiel de l'infraction au territoire de la République, doit reposer sur un critère fort. Il en va de la légitimité de la solution, qui revient à priver un autre Etat de sa compétence à l'égard d'une infraction avec laquelle il entretient pourtant exactement le même lien, à savoir un rattachement territorial partiel. D'autre part, l'interprétation est audacieuse d'un point de vue juridique, dans la mesure où elle va à l'encontre du principe d'interprétation stricte de la loi pénale (*C. pén.*, art. 111-4).

La quête d'un critère légitime politiquement et adéquat juridiquement, devait inciter la jurisprudence à retenir une conception, non pas extensive, mais restrictive, du fait constitutif, en le puisant, non pas dans n'importe quelle composante de l'infraction, mais uniquement dans la dernière, celle dont l'adjonction aux précédentes fait parvenir l'infraction à son achèvement juridique. En d'autres termes, en faisant coïncider le critère de localisation avec le moment de la consommation³³. Une telle interprétation est souhaitable politiquement, dans la mesure où le lien de rattachement territorial gagnerait en consistance, pour correspondre au lieu où l'atteinte à l'ordre public se manifeste avec le plus de force. Mais surtout, une telle interprétation est conforme juridiquement. D'abord, dans l'expression fait constitutif,

³¹. Soit l'infraction n'est que partiellement réalisée en France, soit l'infraction est même totalement commise à l'étranger.

³². HUET et KØRING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005, p. 220, n° 131 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 106, n° 97.

³³. La consommation peut se définir schématiquement comme la réunion de toutes les composantes d'une infraction. Si toutes les composantes contribuent à la formation globale de l'infraction, la formation finale ne s'effectue qu'avec l'apparition de la dernière. Il est donc possible de distinguer, à

le terme constitutif renvoie inévitablement à l'idée de consommation. D'ailleurs, le recours à cette formule lors de la réforme du Code pénal, était motivé, notamment, par la volonté d'harmoniser la rédaction des dispositions relatives à l'application de la loi dans l'espace avec celles relatives à l'application de la loi pénale dans le temps³⁴, dont l'article 112-2 du Code pénal dispose « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* ». Or, la localisation d'une infraction dans le temps se détermine en fonction du moment de sa consommation³⁵. Par conséquent, il devrait en être de même concernant la localisation d'une infraction dans l'espace. Ensuite, dans l'expression « réputée commise », le terme « commise » renvoie tout autant à l'idée de consommation, une infraction arrivée au terme de sa réalisation étant aussi bien dite consommée que commise³⁶. Enfin, en cas de modification de frontière, l'appartenance ou non de la parcelle au territoire de la République s'apprécie au moment de la consommation de l'infraction³⁷. Si l'extranéité du territoire est déterminée par la consommation, il semble logique que l'extranéité d'une infraction soit subordonnée à cette même consommation.

9.- Ne pas restreindre la notion de fait constitutif à la dernière composante de l'infraction consiste, non seulement en une position audacieuse, mais de surcroît une solution dangereuse pour la consommation de l'infraction, et plus exactement pour la constitution de son élément matériel.

L'infraction se définit traditionnellement comme la réunion de trois éléments constitutifs³⁸, un élément légal, un élément matériel, et un élément moral³⁹.

l'intérieur de la consommation, le processus de la consommation, qui embrasse toutes les composantes, et le moment de la consommation, qui vise la dernière composante.

³⁴. JOAN 1989, p. 106.

³⁵. Pour qu'une infraction soit considérée comme commise sous l'empire de la loi nouvelle, il n'est pas nécessaire que toute l'infraction soit réalisée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, mais seule la dernière composante.

³⁶. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 183, n° 175, note 1.

³⁷. Crim., 26 juin 1963, *Bull. crim.* n° 231 ; Crim., 24 nov. 1965, *Bull. crim.* n° 249 ; Crim., 25 janv. 1966, *Gaz. Pal.* 1966, 1, p. 269.

³⁸. La notion d'infraction peut être analysée à l'aide de deux types de méthodes : la méthode unitaire, qui définit l'infraction comme une activité indivisible (DANA, *Essai sur la notion d'infraction*, Thèse Lyon, LGDJ, 1982, p. 23, n° 20), et la méthode analytique qui considère l'infraction comme un fait complexe que l'on peut diviser en plusieurs éléments, chacun d'entre eux étant susceptible d'un examen distinct (DELOGU, *La culpabilité dans la théorie générale de l'infraction*, Cours dacty., 1952. La méthode analytique constitue le fondement de la systématisation scientifique des concepts

Cependant, la localisation de l'infraction ne peut se faire qu'au regard de l'élément matériel⁴⁰. D'une part, la référence à l'élément légal est inutile dans la mesure où le texte d'incrimination de l'infraction est nécessairement français, la localisation de l'infraction sur le territoire de la République ayant justement pour objectif la répression de l'infraction sur le fondement exclusif de la loi pénale française. D'autre part, l'exploitation de l'élément moral est difficile, dans la mesure où l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction, par nature impalpable, n'est pas repérable dans l'espace⁴¹.

Dès l'instant où le rattachement territorial de l'infraction passe obligatoirement par l'élément matériel de cette dernière, tout ce qui est considéré par la jurisprudence comme étant un fait constitutif servant de critère de localisation, devient une composante de l'élément matériel. Mais selon les hypothèses, la circonstance érigée en critère de localisation correspond, ou pas, à l'une des composantes de l'élément matériel préalablement établies au regard des concepts du droit pénal. En d'autres termes, la jurisprudence ne part pas de l'élément matériel, puis examine si une composante de ce dernier est réalisée sur le territoire de la République, mais part de ce qui est effectué sur le sol national, et le rattache à l'élément matériel. Par conséquent, la localisation ne se contente pas d'ignorer la consommation de l'élément matériel, en ne limitant pas le rattachement territorial à la

de la théorie générale de l'infraction, et c'est sur ce système que la doctrine dégage trois aspects principaux de l'infraction : légal, moral et matériel. sur ce point : SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990, p. 2, n° 1.

³⁹. Selon les auteurs, l'infraction peut se limiter à deux éléments constitutifs, ou d'étendre à quatre éléments constitutifs. Dans la première hypothèse, le triptyque est amputé de l'élément légal, et dans la seconde hypothèse, il est complété d'un élément injuste. Pour un aperçu d'ensemble : KOLB et LETURMY, *Droit pénal général*, Gualino, 9^e éd., 2014, p. 164, n° 117 ; ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 269.

⁴⁰. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 226, n° 257 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 309, n° 255 ; FOURNIER et BRACH-THIEL, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Compétence internationale, n° 117 ; LABREGÈRE et TRACOL, *Juris-Classeur Procédure pénale*, Fasc. 20, Compétence des juridictions pénales françaises et de la loi pénale française, n° 33 ; LESEC, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Application de la loi pénale dans l'espace, n° 38.

⁴¹. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 307, n° 252 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 402, n° 298. *Adde* : Crim., 1^{er} oct. 1986, n° 84-94.124, *Bull. crim.* n° 262, *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 745, Bayet, *Rev. sc. crim.* 1988, p. 93, Bouzat : « les faits de recel peuvent être de la compétence de la juridiction répressive française, en vertu des dispositions de l'article 693 du Code de procédure pénale, non pas en raison de la localisation en France d'un acte caractérisant l'intention frauduleuse, mais lorsqu'un des éléments matériels constitutifs a été accompli sur le territoire de la République ». Cependant, en matière douanière : T. corr. Seine, 19 déc. 1956, *JCP G* 1963, IV, 144 ; BERR et TREMEAU, *Le droit douanier*, LGDJ, 7^e éd., 2006, n° 637. *Adde* : RASSAT, *Droit pénal général*, 2^e éd., Ellipse, 2006, p. 239, n° 203.

dernière composante de celui-ci, mais la localisation va jusqu'à modifier la consommation de l'élément matériel, en étendant le rattachement territorial à une composante quelconque, appartenant ou pas à celui-ci.

10.- L'élément matériel de l'infraction se trouve donc malmené, afin d'assurer la répression de cette dernière sur le fondement de la compétence territoriale. La présente étude a pour objet d'expliquer comment, le choix du critère de localisation de l'infraction peut remettre en cause les principes de consommation de celle-ci. En d'autres termes, de mettre en lumière les répercussions de l'extension de territorialité sur la matérialité de l'infraction. La matérialité peut, non seulement être démembrée, mais également débordée. La matérialité est démembrée lorsque le critère de localisation appartient à l'élément matériel mais ne peut pas être pris en compte (Partie I). La matérialité est débordée lorsque le critère de localisation n'appartient pas à l'élément matériel, donc ne doit pas être pris en compte (Partie II).

PARTIE I – LA MATERIALITE DEMEMBREE

11.- L'interprétation extensive de la notion de « fait constitutif » permet de ne pas limiter le critère de localisation à la dernière composante de l'élément matériel, mais de l'étendre à n'importe quelle composante de ce dernier. La jurisprudence s'ingénie donc à exploiter tout ce qui se situe à l'intérieur de l'élément matériel, procédant à un véritable découpage de celui-ci afin d'en révéler la moindre composante. Le démembrement de la matérialité qui en résulte est double pour intervenir, non seulement entre les deux composantes de l'élément matériel, par la substitution du comportement au résultat (Titre I), mais également au sein d'une même composante, par la subdivision du comportement (Titre II).

TITRE I - LE DEMEMBREMENT PAR SUBSTITUTION

12.- La substitution consiste à remplacer une chose par une autre. Appliquée à l'élément matériel d'une infraction, elle suppose une interversion entre deux composantes. Par conséquent, le démembrement de la matérialité par substitution ne peut intervenir que dans une infraction dont l'élément matériel renferme plusieurs composantes, deux ou plus. Trois catégories d'infractions sont potentiellement concernées par la substitution. Les infractions formelles composites, d'abord, qui se comportent plusieurs actes. Dans ces infractions, l'élément matériel se résume à un comportement, mais ce comportement se divise en minimum deux actes. Les infractions matérielles simples, ensuite, qui se composent d'un acte et d'un résultat. Dans ces infractions, le comportement se réduit à un acte, mais cet acte est suivi d'un résultat. Dans les infractions matérielles composites, enfin, qui comprennent plusieurs actes et un résultat. Cette dernière catégorie d'infraction correspond à la conjonction des deux précédentes, pour comprendre, non seulement un comportement constitué d'au moins deux actes, mais également un résultat. Cependant, la substitution telle qu'envisagée dans la présente étude consiste en un artifice de localisation intervenant uniquement entre le comportement et le résultat. Dès lors, la substitution ne peut pas concerner les infractions formelles composites⁴², ces dernières ne contenant aucun résultat. En revanche, la substitution peut toucher aussi bien les infractions matérielles simples que les infractions matérielles composites. En effet, la substitution ne portant que sur la relation entre le comportement et le résultat, il suffit que l'infraction soit dotée d'un résultat, peu importe que son comportement soit ou non divisé en plusieurs actes.

De prime abord, la substitution opérée dans le cadre de la localisation d'une infraction matérielle laisse penser que le critère de localisation de celle-ci peut être le résultat à la place du comportement, et réciproquement le comportement à la place du résultat. En réalité, la substitution ne joue que dans un sens, seul le comportement vient suppléer le résultat. En effet, composante finale de la consommation d'une infraction matérielle, le résultat incarne le critère idéal de la localisation de celle-ci. Cependant, lorsqu'une infraction matérielle ne se concentre pas en France, mais s'étend sur d'autres pays, il arrive que le résultat soit réalisé à l'étranger. Dans une telle hypothèse, le

⁴². Si les infractions formelles composites ne sont pas concernées par la substitution entre le comportement et le résultat, cela ne signifie pas pour autant qu'elles ne font pas l'objet d'artifice de

résultat ne peut pas servir de lien de rattachement entre l'infraction matérielle et le territoire de la République, puisqu'il constitue justement l'élément d'extranéité de celle-ci. Saisissant la moindre possibilité de situer une infraction sur le sol national, la jurisprudence recourt alors à l'autre composante de l'infraction matérielle pour remplir cette fonction, le comportement. Par conséquent, chaque fois que le résultat ne le permet pas, le comportement fait office de critère de localisation d'une infraction matérielle. En quelques sortes, le résultat constitue le critère de prédilection d'une infraction matérielle et le comportement un critère de substitution. Lorsque la localisation d'une infraction matérielle repose sur le comportement, le procédé consiste toujours à reléguer le résultat (Chapitre I), mais concourt parfois à révéler celui-ci (Chapitre II).

localisation. En effet, la jurisprudence exploite l'existence de plusieurs actes au sein du comportement à travers la subdivision du comportement : *infra*, n° 104.

Chapitre I – La relégation du résultat

13.- La fonction primordiale du résultat dans la consommation d'une infraction matérielle en fait le critère principal de la localisation de celle-ci. En effet, composante par laquelle l'infraction matérielle aboutit à l'état d'achèvement, le résultat établit un lien de rattachement intense entre l'infraction matérielle et le territoire sur lequel il apparaît, dans la mesure où c'est précisément à cet endroit que l'infraction prend véritablement naissance. Par conséquent, lorsqu'une infraction matérielle s'étend sur plusieurs pays mais que son résultat se produit en France, l'infraction entretient une relation plus étroite avec le territoire de la République qu'avec celui des autres Etats, ce qui permet de désigner le sol national, plus que n'importe quel autre, comme le lieu de l'infraction.

A l'inverse, lorsque le résultat se réalise à l'étranger, il conviendrait d'en déduire les conséquences opposées. Pourtant, dans une telle hypothèse, la jurisprudence ignore cette circonstance et érige le comportement en critère de localisation. Le résultat, incontournable au stade de la consommation d'une infraction matérielle, n'est donc pas indispensable au titre la localisation de celle-ci. En effet, dès lors qu'il n'est pas exploitable en termes de localisation, le résultat est relayé au second plan, remplacé par le comportement.

14.- La relégation du résultat en matière de localisation peut se constater dans toutes les infractions matérielles, mais ne sera étudiée qu'à travers l'une d'entre elles, l'escroquerie. Pourquoi se limiter à une infraction matérielle au lieu de les balayer toutes ? Parce qu'un catalogue exhaustif des infractions de résultat localisées par le comportement s'avère, non seulement impossible, tant les infractions matérielles sont nombreuses, mais également inutile, l'ampleur de l'artifice ne se mesurant pas à la multiplicité des applications. Pourquoi s'intéresser à l'escroquerie plutôt qu'à une autre ? Parce que la récurrence des exemples dans les manuels de doctrine, et l'abondance des espèces dans les décisions de justice, font croire que la localisation de l'escroquerie par son résultat comme par son comportement est tout à fait convenable, alors qu'en réalité celle-ci est plus que contestable. Indispensable à la consommation de l'escroquerie (Section I), le résultat ne devrait pas être indifférent dans la localisation de celle-ci (Section II).

Section I – L'exigence du résultat au titre de la consommation

15.- L'article 313-1 du Code pénal définit l'escroquerie comme « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ». Il ressort du texte d'incrimination que l'escroquerie exige, outre un élément moral⁴³, trois conditions : une tromperie, un préjudice, et une remise.

16.- Une infraction matérielle requiert, au titre de son élément matériel, un comportement et un résultat. La démonstration de la structure matérielle de l'escroquerie implique donc de préciser, parmi les conditions susvisées (tromperie, préjudice, remise), laquelle renvoie respectivement au comportement et au résultat. Si l'identification du comportement ne pose aucune difficulté et désigne logiquement la tromperie, en revanche celle du résultat soulève une hésitation car implique de choisir entre le préjudice et la remise. En effet, si le comportement peut faire l'objet d'une subdivision en plusieurs actes, en revanche, le résultat ne se prête pas à un tel découpage⁴⁴, de sorte que dans le cas de l'escroquerie ce dernier peut correspondre, soit au préjudice, soit à la remise, mais pas aux deux à la fois. Le préjudice ne pouvant pas constituer le résultat

⁴³. Toute infraction sans exception comporte obligatoirement un élément moral, qui consiste, soit en une intention, soit en une non-intention. Lorsque le texte d'incrimination ne précise rien quant à l'élément moral, comme c'est le cas de l'article 313-1 du Code pénal, c'est que ce dernier exige une intention, conformément à l'article 121-3 alinéa 1 du Code pénal.

⁴⁴. Lorsque le comportement engendre plusieurs résultats, il n'y a pas une infraction, mais autant d'infractions que de résultats : DESPORTES et LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 402, n° 441 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 216, n° 199. Il y a plusieurs infractions, quand bien même la jurisprudence traite ces infractions distinctes comme une infraction unique à des fins répressives, notamment pour repousser le point de départ de la prescription de l'action publique. Pour prendre l'exemple de l'escroquerie, dans l'hypothèse où la tromperie entraîne plusieurs remises successives, le point de départ court à compter, non pas de chaque remise, mais de la dernière remise : Crim., 1^{er} mars 1955, *JCP G* 1955, II, 8649 ; Crim., 18 juill. 1968, n° 67-90.783, *Bull. crim.* n° 234 ; Crim., 22 juill. 1971, n° 70-90.318, *Bull. crim.* n° 237 ; Crim., 9 mai 1972, n° 71-90.996, *Bull. crim.* n° 161 ; Crim., 17 déc. 1974, n° 73-91.110, *Bull. crim.* n° 371 ; Crim., 23 oct. 1978, n° 74-90.336, *Bull. crim.* n° 283 ; Crim., 27 mai 1991, n° 90-80.267, *Bull. crim.* n° 222 ; Crim., 26 avr. 1994, n° 93-84.880, *Bull. crim.* n° 149, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 773, Giudicelli-Delage, *ibid.* 1995, p. 96, Boulloc ; Crim., 20 juin 1994, n° 93-84.425, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 260, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 103, Ottenhof ; Crim., 26 sept. 1995, n° 94-84.008, *Bull. crim.* n° 288, *Dr. pén.* 1996, comm. 61, Véron, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 658, Ottenhof ; Crim., 6 oct. 2004, n° 03-83.142, inédit, *Dr. pén.* 2004, comm. 27, Véron. Sur ce point : GUERY, « De l'escroquerie et de l'usage de faux envisagés sous l'angle d'un régime dérogatoire à la prescription de l'action publique », *D.* 2012, p. 1839.

d'une infraction (§ I), la remise doit être considérée comme le résultat de l'escroquerie (§ II).

I – L'exclusion du préjudice

17.- L'impossibilité pour le préjudice d'incarner le résultat de l'escroquerie, malgré la référence exceptionnelle qui y est faite dans le texte d'incrimination de celle-ci (B), tient à la différence conceptuelle qui le sépare du résultat (A).

A – La différence conceptuelle entre le résultat et le préjudice

18.- Le résultat et le préjudice ont déjà été l'objet de contributions d'ensemble⁴⁵, et sont encore la source de controverses doctrinales, de sorte que les développements qui suivent n'ont absolument pas la prétention de présenter une définition implacable pour chacun, ce n'est d'ailleurs pas leur mission, mais simplement de proposer une articulation praticable entre ces derniers. La distinction entre le résultat et le préjudice est réelle (2), mais néanmoins subtile, ce qui entretient la confusion habituelle entre ces deux notions (1).

I – La confusion habituelle

19.- La confusion entre le résultat et le préjudice résulte de la conjonction de deux assimilations, plus ou moins justifiées, entre le résultat et le dommage, d'une part, et entre le dommage et le préjudice, d'autre part.

L'assimilation entre le résultat et le dommage est compréhensible, dans la mesure où les deux notions recouvrent une définition identique. Le résultat exigé au titre de l'élément matériel d'une infraction n'est autre que l'atteinte causée par le comportement de celle-ci. Par exemple, dans le meurtre, les coups (comportement) engendrent la mort (résultat), qui est une atteinte à la vie. Appréhendé comme une atteinte, le résultat se

⁴⁵. BELLAMY, *Le préjudice dans l'infraction pénale*, Thèse Nancy, 1937 ; BROUCHOT, *L'influence du résultat illicite sur la pénalité*, Rousseau, 1905 ; FREIJ, *L'infraction formelle*, Thèse Paris, 1975 ; MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003 ; SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990.

confond avec le dommage, qui est défini comme... une atteinte⁴⁶. Le résultat et le dommage sont donc presque synonymes, et l'utilisation d'un terme plutôt qu'un autre ne repose nullement sur des considérations juridiques, mais résulte simplement des spécificités terminologiques attachées à chaque branche du droit. Alors que le droit civil recourt au terme de dommage, le droit pénal préfère celui de résultat⁴⁷. Cette variante de locution présente l'intérêt de porter en elle la nature de l'atteinte, le résultat visant uniquement une atteinte à l'ordre public, là où le dommage englobe indistinctement les atteintes à l'ordre public et aux intérêts privés. Avantageuse, elle n'est pas systématique pour autant, la doctrine pénaliste alternant indifféremment entre les vocables de dommage et de résultat⁴⁸, voire même associant simultanément ces derniers dans l'expression « *résultat dommageable* »⁴⁹.

L'assimilation entre le dommage et le préjudice est quant à elle contestable, dans la mesure où les deux notions renvoient à des définitions différentes. En effet, la séparation entre le dommage et le préjudice remonte au droit romain, dont la loi Aquila opérait une distinction entre le *damnum*, l'atteinte matérielle à l'intégrité de la chose, et le *praejudicium*, les conséquences de cette atteinte pour la victime. En élargissant la distinction au-delà de la seule atteinte à l'intégrité d'une chose, le dommage désigne, comme cela a été écrit plus haut, une lésion, et le préjudice désigne l'effet, les suites de cette lésion. Le dommage et le préjudice ne sont donc pas synonymes, le préjudice étant la conséquence du dommage. Cependant, tout en constatant la réalité de la distinction, la doctrine civiliste n'en reconnaît pas pour autant l'intérêt⁵⁰, de sorte qu'elle utilise

⁴⁶. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, v^o Dommage.

⁴⁷. MAYAUD, *Le résultat*, Cours de Master 2 Recherche, Droit pénal et sciences pénales, 2006.

⁴⁸. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 217, n^o 229 ; OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

⁴⁹. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 253, n^o 281 ; DESPORTES et LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 401, n^o 441.

⁵⁰. BACACHE-GIBELLI, *Traité de droit civil, t. V – Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^e éd., 2012, p. 389, n^o 354 ; BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2014, n^o 174 ; CARBONNIER, *Droit civil, vol. II – Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p. 351, n^o 205 ; FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. II – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 3^e éd., 2013, p. 152 ; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. II – Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n^o 133 ; LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? Point de vue privatiste », *Resp. civ. et assur.* 2010 ; MARTY et RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations, t. I – Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n^o 421 ; MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II – Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n^o 407 ; MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6^e éd., 1965, n^o 208 ; STARCK, ROLAND, et BOYER, *Obligations, t. I – Responsabilité délictuelle*, Lexis Nexis, 6^e éd., 1998, n^o 95 ; VINEY, JOURDAIN, et CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, p. 3, n^o 246.

indifféremment les vocables de dommage et de préjudice, voire même définit le second par le premier⁵¹.

L'assimilation, non seulement entre le résultat et le dommage, mais également entre le dommage et le préjudice, aboutit à la confusion entre le résultat et le préjudice, en vertu du syllogisme suivant. Le préjudice et le dommage sont similaires. Or, le résultat est une variété de dommage. Par conséquent, le résultat et le préjudice sont analogues. C'est au demeurant l'opinion de certains auteurs pénalistes⁵². Ces considérations générales transposées au cas particulier de l'escroquerie peuvent donc laisser penser que le préjudice, de surcroît expressément exigé par le texte d'incrimination, caractérise le résultat de cette infraction.

2 – La distinction réelle

20.- La distinction entre le résultat et le préjudice tient aux mêmes raisons que celles qui séparent le dommage et le préjudice, le résultat n'incarnant qu'une forme de dommage. Si les notions de dommage et de préjudice sont voisines, elles ne sont pas semblables pour autant, ce que s'accorde même à reconnaître une partie de la doctrine civiliste⁵³. La différence entre les deux concepts se manifeste doublement, pour correspondre à une réalité concrète, d'une part, et présenter un intérêt théorique, d'autre part.

⁵¹. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, v° Préjudice.

⁵². BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 253, n° 281 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 406, n° 445 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 351, n° 375 ; ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 211.

⁵³. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, Thèse Lyon, 2011, n° 451 ; BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *Mélanges Viney*, LGDJ, 2008, p. 145 ; BUFFELAN-LANORE et LARRIBAUTERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^e éd., 2014, p. 567, n° 1593 ; CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Thèse Poitiers, 1983 ; CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, p. 37 ; LAMBERT-FAIVRE et PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 7^e éd., 2011, n° 86 ; LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », in *La responsabilité à l'aube du XIX^e siècle : bilan prospectif, Resp. civ. et assur.* 2000 (hors-série), p. 62 ; LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10^e éd., 2014, n° 1305 ; MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2013, n° 88 ; POUMAREDE, *Droit des obligations*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, p. 348, n° 825 ; ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit privé français*, Thèse Grenoble, 1994. En outre, la distinction entre le dommage et le préjudice a été retenue par les rédacteurs des projets de réforme respectivement dirigés par MM. Pierre CATALA et François TERRE : CATALA, « Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *La Documentation Française*, 2006, p. 153 ; REMY et BORGHETTI, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 62.

La distinction entre le dommage et le préjudice reflète une réalité concrète, dans la mesure où un unique dommage peut être à l'origine de plusieurs préjudices, chose impossible si le dommage se confond avec le préjudice. Le constat ne se limite pas au droit civil entre le dommage et le préjudice, mais se retrouve en droit pénal entre le résultat et le préjudice, un même résultat pouvant n'engendrer aucun préjudice comme en entraîner plusieurs⁵⁴. C'est d'ailleurs le cas en matière d'escroquerie, puisqu'il arrive que la remise ne cause aucun préjudice⁵⁵ ou, à l'inverse, cause des préjudices de nature différente, un préjudice pécuniaire issu de l'appauvrissement de la victime, et/ou un préjudice moral tiré de la violation du consentement de celle-ci⁵⁶.

La distinction entre le dommage et le préjudice renferme de surcroît un intérêt théorique. En effet, le dommage, atteinte portée à la victime, renvoie au domaine du fait, alors que le préjudice, répercussion de cette atteinte sur cette même victime, relève de la sphère du droit. En d'autres termes, le préjudice est la traduction juridique du dommage. Il en résulte deux conséquences sur le préjudice. D'une part, seul le préjudice peut recevoir une indemnisation devant le juge. D'autre part, le préjudice peut se voir soumis à des conditions pour faire l'objet d'une réparation. Ici encore, les postulats gouvernant la relation dommage-préjudice ne sont pas démentis dans les rapports résultat-préjudice. Comme le dommage consécutif à une faute civile, le résultat constitutif d'une infraction pénale ne reçoit jamais réparation. Même lorsque l'auteur est condamné au versement d'une amende, la somme d'argent alors exigée s'analysant, non pas comme une indemnisation versée à la victime, mais comme une sanction prononcée par l'Etat. Et comme le préjudice engendré par un dommage civil, le préjudice entraîné par un

⁵⁴. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

⁵⁵. Crim., 3 avr. 1991, n° 90-81.157, *Bull. crim.* n° 155, *D.* 1991, p. 275, Azibert, *ibid.* 1992, p. 400, Mascala, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 19, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 579, Bouzat ; Crim., 26 oct. 1994, n° 93-84.089, *Bull. crim.* n° 341, *Dr. pén.* 1995, comm. 65, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 583, Ottenhof, *ibid.* 1995, p. 593, Delmas-Saint-Hilaire.

⁵⁶. Crim., 7 mars 1936, *D.H.* 1936, p. 196 ; Crim., 30 oct. 1936, *D.H.* 1936, p. 590 ; Crim., 15 déc. 1943, *Bull. crim.* n° 153, *D.* 1945, p. 131, Donnedieu de Vabres ; Crim., 23 déc. 1943, *Rev. sc. crim.* 1946, p. 72, *S.* 1944, p. 51 ; Crim., 17 mars 1944, *Bull. crim.* n° 112 ; Crim., 8 juill. 1948, *Bull. crim.* n° 191 ; Crim., 29 déc. 1949, *Bull. crim.* n° 363, *JCP G* 1950, II, 5582 ; Crim., 7 mai 1951, *D.* 1951, p. 489, Vouin, *S.* 1952, p. 21 ; Crim., 6 janv. 1953, *Bull. crim.* n° 3, *D.* 1953, p. 152 ; Crim., 22 déc. 1965, n° 64-92.584, *Bull. crim.* n° 285 ; Crim., 28 avr. 1966, n° 65-92.230, *Bull. crim.* n° 130 ; Crim., 9 juill. 1969, n° 68-90.795, *Bull. crim.* n° 221 ; Crim., 18 nov. 1969, n° 68-91.385, *Bull. crim.* n° 302, *D.* 1970, p. 437, Bouloc, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 398, Bouzat ; Crim., 7 mai 1974, n° 72-91.900, *Bull. crim.* n° 160, *JCP G* 1976, II, 18285, Fourgoux ; Crim., 19 déc. 1974, *D.* 1975, p. 631, Levasseur et Bouloc ; Crim., 19 déc. 1979, n° 79-91.547, *Bull. crim.* n° 369 ; Crim., 16 avr. 1980, n° 79-91.959, *Bull. crim.* n° 107, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 141 ; Crim., 20 juin 1983, n° 82-92.593, *Bull. crim.* n° 189 ; Crim., 3 juin 1985, n° 83-95.073, *Bull. crim.* n° 211 ; Crim., 15 juin 1992, n° 91-83.558, *Bull. crim.* n° 234, *D.* 1993, p. 15, Azibert, *Dr. pén.* 1992, comm. 282, Véron, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 783, Bouzat ; Crim., 30 oct. 1996, n° 94-86.042, inédit.

résultat pénal est toujours soumis à des conditions pour faire l'objet d'une réparation. Le préjudice suivant un résultat pénal est même soumis à plus de conditions que le préjudice issu d'un dommage civil, dans la mesure où il doit, non seulement remplir les critères traditionnels (actuel, certain, direct), mais également revêtir un caractère personnel⁵⁷.

21.- Le résultat et le préjudice s'inscrivent dans un rapport, non pas d'identité, mais de causalité⁵⁸, le second étant la conséquence du premier. En effet, le résultat constitue l'atteinte à la société, et le préjudice représente la répercussion de cette atteinte sur un particulier. Distinct du dommage, le préjudice ne saurait donc incarner le résultat d'une infraction en général, et encore moins celui de l'escroquerie en particulier. Evincé du comportement, distingué du résultat, le préjudice n'en demeure pas moins une condition de l'escroquerie, illustrant ainsi l'une des rares hypothèses où ce dernier est appréhendé par le droit pénal.

B – La référence exceptionnelle au préjudice

22.- Droit pénal et droit civil poursuivent un objectif différent. Le premier protège l'ordre public, alors que le second régit les relations privées. Par conséquent, si le droit pénal protège les intérêts de la société, en revanche il se désintéresse des intérêts des particuliers⁵⁹. Répercussion du résultat de l'infraction sur la victime, le préjudice relève donc de la sphère privée, et non de la chose publique. A ce titre, le préjudice est normalement étranger au droit pénal. Cependant, ce rejet de principe (1) est ébréché par quelques renvois d'exception (2), notamment en matière d'escroquerie.

⁵⁷. Sur la raison d'être et la mise en œuvre de cette condition supplémentaire : AMBROISE-CASTEROT, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Action civile, n° 142 ; DESPORTES et LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 3^e éd., 2013, p. 925, n° 1373 ; MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 815.

⁵⁸. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464 ; MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, Thèse Lille, 1999, p. 815 ; MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal : essai sur une théorie générale*, Thèse Lyon, 1976, p. 284, n° 381 ; « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807 ; SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990, p. 118, n° 195.

⁵⁹. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464 ; MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 815 ; OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

1 – Le rejet de principe

23.- Le principe veut que le préjudice ne soit jamais pris en compte par le droit pénal. Une telle indifférence se manifeste doublement, par le fait que le droit pénal ne réprime, ni ne répare le préjudice.

D'une part, le droit pénal ne réprime pas le préjudice, la répression étant limitée au résultat. En effet, le résultat se situe au cœur de l'élaboration du droit pénal, alors que le préjudice en est exclu. C'est pour empêcher la production de certains résultats, et non celle de tous les préjudices qui en découleraient, que le législateur érige en infraction les comportements susceptibles d'y conduire. Par exemple, dans l'escroquerie, l'article 313-3 du Code pénal incrimine la tromperie pour éviter l'atteinte à la propriété en soi, et non toutes ses manifestations possibles (perte financière ou matérielle, violation du consentement...). En d'autres termes, le droit pénal a pour seul objectif de préserver l'ordre public, et non de protéger les intérêts privés, même si, en empêchant certains résultats à l'encontre de la société, il en évite aussi toutes les conséquences, c'est-à-dire autant de préjudices à l'égard des individus.

D'autre part, le droit pénal ne répare pas non plus le préjudice, la réparation étant assurée par le droit civil. En effet, même lorsque le préjudice est issu d'une infraction, il n'ouvre droit qu'à une action civile au profit de la victime (*C. pr. pén.*, art. 2), distincte de l'action publique réservée au ministère public (*C. pr. pén.*, art. 1). Cette action civile est une action en responsabilité civile, répondant aux règles du droit civil, et relevant de la compétence du juge civil, même si au nom de l'administration d'une bonne justice et sous certaines conditions, elle peut être présentée devant le juge pénal (*C. pr. pén.*, art. 3), qui statuera lors de deux audiences successives mais séparées, sur la culpabilité pénale puis sur les intérêts civils. Par conséquent, même exercée devant la juridiction répressive, la demande en indemnisation du préjudice conserve une nature civile⁶⁰.

Ces deux aspects de l'indifférence du droit pénal pour le préjudice sont particulièrement bien résumés sous la plume du Professeur Yves MAYAUD : « *Au*

⁶⁰. La victime peut exercer l'action civile, non seulement à des fins indemnitaires, pour obtenir la réparation de son préjudice, mais également à des fins vindicatives, pour faire punir l'auteur de l'infraction. L'action civile comporte donc deux aspects, réparateur et répressif, mais le versant indemnitaire tendant à la réparation du préjudice demeure de nature civile. Sur la nature mixte de l'action civile, DESPORTES et LAZERGES-COUSQUIER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 3^e

résultat redouté correspond le dommage que le législateur entend éviter par l'incrimination, ou sanctionner dans l'hypothèse où la prévention ne serait pas suffisante. Mais il faut se garder de le confondre avec le préjudice au sens du droit de la responsabilité civile. Les deux notions sont distinctes. Au résultat redouté correspond un dommage non individualisé, alors que le préjudice renvoie à une atteinte personnalisée. C'est sur le résultat que se construit le droit pénal, non sur le préjudice. La raison en est simple, qui tient à l'objet particulier de la matière, tout orientée vers la défense de l'intérêt général. Aussi, est-ce toujours sous couvert de l'ordre public que les infractions sont définies et appliquées, pour ce que réalise d'entrave à cet ordre le fait de ne pas respecter les valeurs sociales, seraient-elles relatives à des enjeux privés. On comprend, dans ce contexte, que la première victime d'une infraction, et de toute infraction, soit la société. La procédure pénale le traduit au mieux, en faisant de l'action publique l'objet principal du procès pénal qui, en principe, l'emporte sur les considérations plus personnelles développées et soutenues au titre de l'action civile »⁶¹.

Par conséquent, si le préjudice est souvent une suite de l'infraction, dans la mesure où l'atteinte portée à l'encontre de la société entraîne quasi systématiquement⁶² des conséquences néfastes à l'égard des particuliers, le préjudice n'a pas pour autant sa place dans l'infraction, au titre des composantes de celle-ci. Malgré cette interdiction de principe, il arrive que le préjudice figure dans le texte d'incrimination d'une infraction.

2 – Le renvoi d'exception

24.- L'exception fait que le droit pénal prend parfois en compte le préjudice, notamment en érigeant celui-ci en condition de l'infraction⁶³. En effet, la plupart du

éd., 2013, p. 882, n° 1319 ; GUINCHARD et BUISSON, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 10^e éd., 2014, p. 593, n° 1043.

⁶¹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 240, n° 224.

⁶². Rares sont les infractions, dites infractions d'intérêt général, dont la particularité est, comme leur nom l'indique, de ne causer un dommage qu'à la société, sans porter préjudice à un particulier. En effet, sous l'influence de la jurisprudence, cette catégorie d'infractions a connu un net recul, pour se limiter à quelques exemples, notamment l'atteinte au secret de la défense nationale (*C. pén.*, art. 413-9 ; *Crim.*, 1^{er} oct. 1996, n° 95-85.529, *Bull. crim.* n° 338, *Procédures* 1997, n° 40, Buisson) et l'atteinte à l'autorité de la justice (*C. pén.*, art. 434-24 ; *Crim.*, 29 avr. 2003, n° 02-86.603, inédit). Sur ce point : GUINCHARD et BUISSON, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 10^e éd., 2014, p. 598, n° 1057, et p. 619, n° 1111.

⁶³. Le préjudice est aussi employé dans la fixation de la sanction. Le droit pénal prend alors en compte, non pas son existence, mais sa consistance, faisant varier la sévérité de la peine en fonction de la gravité du préjudice. Par exemple, une imprudence, selon qu'elle entraîne une incapacité totale de travail

temps, le préjudice est une simple conséquence de l'infraction, mais de temps en temps, le préjudice est une véritable condition de l'infraction. L'escroquerie, à l'instar de l'abus de faiblesse (*C. pén.*, art. 223-15-1), de l'abus de confiance (*C. pén.*, art. 314-1) ou encore du faux (*C. pén.*, art. 441-1), fait partie des quelques infractions dont le texte d'incrimination exige un préjudice.

La référence au préjudice, dans l'escroquerie en particulier comme dans toute infraction en général, ne peut que susciter la critique⁶⁴, et ce à double titre. Premièrement, l'intégration par le législateur du préjudice dans un texte d'incrimination rend cette condition nuisible. L'assimilation entre le résultat et le préjudice évoquée dans les développements qui précèdent en incarne une illustration, de même que la distinction entre l'infraction matérielle et l'infraction formelle fondée, par certains auteurs⁶⁵, sur le préjudice au lieu du résultat. Deuxièmement, l'interprétation du préjudice par la jurisprudence rend cette condition inutile, la conception extensive qui en est retenue permettant de systématiquement caractériser son existence. Par exemple, dans l'escroquerie, la remise, obligatoirement déterminée par une tromperie, n'est jamais librement consentie donc engendre toujours un préjudice moral⁶⁶ pour la victime,

supérieure ou inférieure à trois mois, est punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (*C. pén.*, art. 222-19) ou d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende (*C. pén.*, art. 222-20). Les deux infractions sont identiques dans leur incrimination, pour exiger une imprudence (comportement) et une atteinte à l'intégrité physique (résultat), mais diffèrent dans leur sanction, déterminée à partir du préjudice.

⁶⁴. Pour toute infraction en général, LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464. A propos de l'escroquerie en particulier, GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, n° 2750 ; MASCALA, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Escroquerie, n° 163.

⁶⁵. BOULOC, *D.* 1970, p. 437, ss. *Crim.*, 18 nov. 1969 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 134 ; ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 212 ; ROLLAND, « L'escroquerie au jugement », *Mélanges Patin*, Cujas, 1965, p. 250 ; VERDIER, « La réparation du dommage matériel en droit pénal », *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 352. Selon un auteur, la distinction entre l'infraction matérielle et l'infraction formelle est bien fondée sur le résultat, mais gagnerait à reposer sur le préjudice : OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

⁶⁶. Certains auteurs considèrent que l'inhérence du préjudice moral et l'indifférence du préjudice pécuniaire auraient changé la nature de l'escroquerie, qui ne serait plus une infraction contre les biens, protectrice du patrimoine de la victime, mais une infraction contre les personnes, protectrice du consentement de celle-ci : CONTE, *Droit pénal spécial*, Lexis Nexis, 4^e éd., 2013, n° 563 ; LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 468 ; LEAUTE, « Les frontières du droit des contrats et du droit de propriété en droit pénal », *Mélanges de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 249 ; MASCALA, *D.* 1992, p. 402, ss. *Crim.*, 3 avr. 1991 ; OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970, n° 44 ; PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 80 ; RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^e éd., 2014, n° 138 ; ROBERT et MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n° 14 ; VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006, n° 305. Cependant, un auteur souligne que la distinction entre le résultat et le

auquel vient parfois s'ajouter un préjudice pécuniaire⁶⁷. Le préjudice est devenu tellement inhérent à la remise, que la doctrine qualifie la condition de préjudice dans l'escroquerie de « *coquille vide* »⁶⁸. Dangereuse pour le droit pénal, l'exigence du préjudice au titre d'une infraction n'est même pas avantageuse pour la victime, dans la mesure où les conditions d'indemnisation du préjudice ne changent pas, que celui-ci soit ou non prévu dans le texte d'incrimination.

Bien que néfaste, la référence au préjudice existe. Cependant, même dans cette hypothèse le préjudice ne saurait être considéré comme le résultat de l'infraction. Le résultat est une composante interne de l'infraction, alors que le préjudice est une conséquence externe à l'infraction. Et en aucun cas, la mention du préjudice dans le texte d'incrimination de l'infraction n'a pour effet de transformer pas le préjudice en composante de sa consommation, elle se contente de l'ériger en condition de sa définition. Le procédé législatif consiste, non pas à intégrer dans l'infraction un nouvel élément constitutif, mais à ajouter en plus de l'infraction une condition supplémentaire tirée, soit des conséquences postérieures à l'infraction dans le cas du préjudice, soit de circonstances antérieures à celle-ci dans le cas de la condition préalable. Transposé à l'escroquerie, cela signifie que la caractérisation de l'infraction implique de démontrer, non seulement que l'escroquerie est consommée par la réunion de tous ses éléments

préjudice maintient l'escroquerie au sein de la catégorie des infractions contre les biens. Selon ce dernier, « *même indifférente à la réalisation d'un préjudice pécuniaire, la consommation du délit d'escroquerie n'en implique pas moins toujours la réalisation d'un dommage d'ordre patrimonial. La constitution de ce délit suppose toujours en effet une atteinte effective au droit de propriété – matérialisée par la remise d'un bien objet de propriété – et, partant, une atteinte au patrimoine de la victime. Certes, le patrimoine n'est pas toujours atteint en valeur puisque la remise constitutive du délit n'est pas nécessairement préjudiciable d'un point de vue économique. Mais le patrimoine n'en est pas moins toujours atteint en nature dès lors que la remise a pour effet de priver la victime de la possession de son bien, c'est-à-dire de la possibilité d'exercer les pouvoirs que lui confèrent théoriquement le droit de propriété. En définitive, indifférente au préjudice économique mais invariablement consommée par une atteinte au droit de propriété, c'est-à-dire par un dommage patrimonial, le délit d'escroquerie demeure une infraction protectrice du patrimoine, certes pas dans sa dimension économique, mais dans sa dimension juridique* » : OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

⁶⁷. *Contra* : *Crim.*, 3 avr. 1991, n° 90-81.157, *Bull. crim.* n° 155, *D.* 1991, p. 275, Azibert, *ibid.* 1992, p. 400, Mascala, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 19, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 579, Bouzat, et *Crim.*, 26 oct. 1994, n° 93-84.089, *Bull. crim.* n° 341, *Dr. pén.* 1995, comm. 65, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 583, Ottenhof, *ibid.* 1995, p. 593, Delmas-Saint-Hilaire, qui semblent restaurer l'exigence d'un préjudice pécuniaire. « *Toutefois, ces arrêts n'ont peut-être pas la portée qu'on a bien voulu leur prêter. Car en effet, si aucun préjudice économique n'était effectivement susceptible d'être relevé dans ces espèces, c'est plus radicalement le résultat pénal du délit d'escroquerie – l'atteinte au patrimoine de la victime – qui faisait défaut* » : OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561.

⁶⁸. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464.

constitutifs, mais également que l'escroquerie a occasionné un effet précis, le préjudice de la victime. Ne pouvant pas être la composante d'une infraction en général, *a fortiori* le préjudice ne peut pas être la composante « résultat » de l'escroquerie en particulier. L'escroquerie n'en demeure pas moins une infraction matérielle, non pas parce qu'elle requiert un préjudice⁶⁹, mais parce qu'elle exige une remise.

II – L'admission de la remise

25.- La tromperie rangée dans le comportement et le préjudice classé parmi les effets, la remise s'impose comme le résultat de l'escroquerie. Cette déduction logique peut aisément être confirmée par une démonstration juridique, la remise étant à la fois la conséquence naturelle de la tromperie (A), et une composante essentielle de l'escroquerie (B).

A – La conséquence naturelle de la tromperie

26.- La remise s'impose comme la conséquence de la tromperie, dans la mesure où les deux composantes de l'escroquerie entretiennent une relation de causalité (1), ce qui exclut entre ces dernières tout rapport de complexité (2).

1 – L'existence d'une relation de causalité

27.- L'élément matériel d'une infraction matérielle exige deux composantes, un comportement et un résultat, mais deux composantes intervenant dans un ordre précis, le comportement puis le résultat. En effet, « *produit, conséquence d'une cause* »⁷⁰, le résultat peut difficilement prendre sa source ailleurs que dans le comportement, seule autre composante avec laquelle il forme l'élément matériel. Une telle relation de cause à effet se retrouve dans l'escroquerie, entre la tromperie et la remise. Le lien de causalité

⁶⁹. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 319, n° 344 ; LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 467 ; STIPERI, « L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.* 1966, p. 510. *Contra* : DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 134 ; ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 212.

⁷⁰. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Résultat.

entre ces derniers est, non seulement expressément imposé par l'article 313-1 du Code pénal, qui dispose que l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, l'abus d'une qualité vraie ou l'emploi de manœuvres frauduleuses doivent « ainsi déterminer [la victime] à remettre » la chose convoitée à l'auteur, mais également scrupuleusement contrôlé par la Chambre criminelle, qui vérifie le caractère déterminant donc antérieur de la tromperie⁷¹. Par conséquent, dans la mesure où le résultat est la conséquence du comportement de l'infraction, et que la remise est la conséquence de la tromperie, qui n'est autre que le comportement de l'escroquerie, la remise constitue le résultat de l'escroquerie.

2 – L'absence de rapport de complexité

28.- Résultat de la tromperie, la remise permet de classer l'escroquerie dans la catégorie des infractions matérielles, dont l'élément matériel est formé par la réunion d'un comportement et d'un résultat. Curieusement, l'exigence de cette même remise au titre de l'élément matériel amène de nombreux auteurs à rattacher l'escroquerie à la catégorie des infractions complexes, sans pour autant la retirer de la catégorie des infractions matérielles. Si l'escroquerie est bien une infraction matérielle, en revanche elle n'est en rien une infraction complexe. L'exclusion de l'escroquerie de la catégorie des infractions complexes est indiscutable, une fois la définition de la notion précisée, et ses difficultés d'application identifiées.

⁷¹. Crim., 10 mai 1850, *Bull. crim.* n° 153 ; Crim., 9 sept. 1850, *Bull. crim.* n° 310 ; Crim., 13 juin 1857, *Bull. crim.* n° 227 ; Crim., 10 déc. 1869, *D.* 1870, 1, p. 441 ; Crim., 19 déc. 1873, *Bull. crim.* n° 31 ; Crim., 9 janv. 1885, *Bull. crim.* n° 20 ; Crim., 23 déc. 1887, *Bull. crim.* n° 445 ; Crim., 13 mai 1898, *D.* 1899, 1, p. 206 ; Crim., 13 mai 1904, *Bull. crim.* n° 222 ; Crim., 28 déc. 1912, *Bull. crim.* n° 686 ; Crim., 20 juin 1913, *Bull. crim.* n° 305 ; Crim., 22 janv. 1914, *D.* 1914, 1, p. 256, *S.* 1916, 1, p. 128 ; Crim., 22 nov. 1917, *Bull. crim.* n° 242 ; Crim., 27 nov. 1920, *D.* 1921, p. 152 ; Crim., 23 avr. 1932, *Bull. crim.* n° 115, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 194 ; Crim., 26 nov. 1932, *Bull. crim.* n° 245 ; Crim., 7 janv. 1944, *D.* 1944, p. 210 ; Crim., 4 déc. 1947, *Bull. crim.* n° 241 ; Crim., 28 mai 1954, *Bull. crim.* n° 200 ; Crim., 11 janv. 1955, *Bull. crim.* n° 17 ; Crim., 6 janv. 1962, *Bull. crim.* n° 11 ; Crim., 31 oct. 1963, *D.* 1964, p. 42 ; Crim., 24 mars 1969, n° 67-93.576, *Bull. crim.* n° 127 ; Crim., 22 oct. 1974, n° 74-90.967, *Bull. crim.* n° 300 ; Crim., 12 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 322 ; Crim., 8 nov. 1988, n° 87-83.909, *Bull. crim.* n° 381 ; Crim., 14 mai 1990, n° 89-85.581, *Bull. crim.* n° 187 ; Crim., 21 mai 1990, *Dr. pén.* 1990, comm. 256, Véron ; Crim., 11 juill. 1990, n° 89-86.419, *Bull. crim.* n° 284 ; Crim., 19 nov. 1990, n° 89-84.690, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 106, Véron ; Crim., 3 avr. 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 2, p. 357, *JCP G* 1995, IV, 1690 ; Crim., 4 mars 1997, n° 96-80.909, inédit ; Crim., 15 mai 1997, n° 95-86.068, *Bull. crim.* n° 189 ; Crim., 3 déc. 1998, n° 97-82.158, inédit, *Gaz. Pal.* 1999, 1, p. 61 ; Crim., 31 mars 1999, n° 96-84.162, inédit ; Crim., 2 juin 1999, n° 98-82.944, inédit ; Crim., 10 nov. 1999, n° 98-81.762, *Bull. crim.* n° 253, *RTD com.* 2000, p. 472, Bouloc ; Crim., 29 nov. 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 45, Véron ; Crim., 13 sept. 2006, n° 05-81.737, *Bull. crim.* n° 221.

29.- La notion de complexité a connu une évolution importante, qui l'a fait passer d'une conception très large à une acception plus étroite. En effet, lors de son intégration dans le lexique pénal, la complexité n'avait d'autre sens que celui qui lui était attribué dans le langage courant, à savoir une « *difficulté liée à la multiplicité des éléments et à leurs relations* »⁷². Par conséquent, l'appellation d'infraction complexe ne renvoyait pas à une catégorie déterminée d'infractions, mais regroupait une infinité de situations juridiques dans lesquelles intervenait un élément de perturbation⁷³. Mais progressivement, ces situations juridiques « *lacunaires ou mystérieuses* »⁷⁴ ont reçu une classification propre, que ce soit par l'œuvre du législateur, sous l'effet de la jurisprudence, ou au sein de la doctrine. Et finalement, le terme « complexité » s'est vu réservé pour désigner les infractions « *formées par l'accomplissement de plusieurs actes matériels de nature différente* »⁷⁵.

Paradoxalement, la doctrine contemporaine retient la conception étroite selon laquelle une infraction complexe est une infraction dont le comportement exige plusieurs actes de nature différente, tout en rangeant l'escroquerie parmi les exemples d'infraction complexe, en raison de sa structure binaire, composée d'une tromperie et d'une remise⁷⁶. Cependant, la remise, dont il vient d'être démontré qu'elle incarne le résultat de l'escroquerie, peut difficilement s'intégrer dans la définition de la complexité, qui concerne le comportement d'une infraction. L'affiliation impropre de l'escroquerie à la catégorie des infractions complexes s'explique de deux façons, soit par une conception modifiant la notion de complexité, soit par une confusion malmenant le critère de la complexité.

30.- La première explication à l'affirmation du caractère complexe de l'escroquerie tient à une conception élargie de la complexité. En effet, ranger

⁷². Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Complexité.

⁷³. *Infra*, n° 172.

⁷⁴. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 309, n° 415.

⁷⁵. ROUX, *Cours de droit criminel français, t. I – Droit pénal*, Sirey, 2^e éd., 1927, p. 121.

⁷⁶. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 215, n° 221 ; CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 119, n° 209 ; DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 400, n° 439 ; GARCIN, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Escroquerie, n° 260 ; JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaire ou la prédilection pour l'inconsistance », *Mélanges Cassin*, PUAM, 2007, p. 262 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 193, n° 186 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 617, n° 487 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 346, n° 371 ; ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 208.

l'escroquerie dans la catégorie des infractions complexes, au motif que celle-ci requiert une tromperie et une remise, et alors qu'il n'est pas contesté que la tromperie et la remise renvoient respectivement au comportement et au résultat de l'infraction, revient à considérer que la complexité ne se limite pas à la pluralité d'actes différents au sein du comportement, mais s'étend à la pluralité de composantes différentes au sein de l'élément matériel. En vertu d'une telle conception de la complexité, toute infraction matérielle est une infraction complexe, le résultat requis au titre de l'élément matériel incarnant nécessairement une composante supplémentaire et différente du comportement. D'ailleurs, de nombreuses infractions matérielles, à l'instar de l'escroquerie, sont présentées comme des infractions complexes. Il en est ainsi, notamment, de l'homicide et des blessures involontaires⁷⁷ (*C. pén.*, art. 221-6 ; 222-19), et de l'extorsion de fonds⁷⁸ (*C. pén.*, art. 312-1). Mais l'élargissement de la conception de la complexité ne s'arrête pas ici. En effet, certaines infractions formelles sont qualifiées d'infractions complexes, au motif qu'elles nécessitent une condition préalable. C'est le cas, pour ne citer que cet exemple, de l'abus de confiance⁷⁹ (*C. pén.*, 314-1). En définitive, la complexité correspond donc à toute manifestation quelconque de la pluralité, que ce soit à l'intérieur du comportement parce qu'il renferme deux actes, ou encore au sein de l'élément matériel parce qu'il réclame un comportement et un résultat, ou enfin dans le cadre de l'infraction parce qu'elle requiert une condition préalable et un élément matériel⁸⁰. Pour le dire autrement, au regard des illustrations d'infractions complexes proposées par la doctrine, il semble que la complexité exige, certes, plusieurs éléments de nature différente, mais que cette pluralité teintée de diversité ne doit pas obligatoirement se concentrer dans le comportement à travers un second acte, mais peut indifféremment se manifester dans l'infraction au moyen d'un résultat ou d'une condition préalable.

⁷⁷. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 208. Selon l'auteur, l'homicide et les blessures involontaires sont des infractions complexes car elles exigent, non seulement une imprudence ou une négligence, mais également une atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle.

⁷⁸. DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 400, n° 439. Selon les auteurs, l'extorsion de fonds est une infraction complexe car elle exige, non seulement des violences ou des menaces, mais également une remise.

⁷⁹. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 119, n° 209 ; DREYER, « Point de départ de la réflexion : la prescription sur internet », *D.* 2001, p. 1833. Selon les auteurs, l'abus de confiance est une infraction complexe car il exige une remise avant le détournement.

⁸⁰. La présente étude opère une distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs. Seuls les éléments constitutifs participent à la consommation de l'infraction, la condition préalable, quant à elle, ne contribue qu'à la définition de l'infraction : *infra*, n° 224.

Cependant, ces « *abus de complexité* »⁸¹, en vertu desquels la complexité devient synonyme d'une décomposition quelconque de l'infraction, empêchent la catégorie des infractions complexes de remplir sa fonction de classification des infractions. En effet, l'élaboration par la doctrine de sous ensembles d'infractions présente l'unique intérêt de permettre de regrouper les infractions suivant leurs principaux traits caractéristiques, et par la même occasion de les situer aisément les unes par rapport aux autres. A ce titre, il existe plusieurs classifications relatives à la seule matérialité de l'infraction⁸². L'une est fondée sur le résultat, afin de distinguer les infractions matérielles des infractions formelles ou obstacles. D'autres sont basées sur les modalités ou la durée du comportement, afin d'identifier les infractions d'action ou d'omission, les infractions instantanées ou continues. Pour être significative, une catégorie ne doit pas reposer sur un critère trop restrictif, et ne correspondre qu'à une seule infraction. De même, une catégorie ne doit pas non plus reposer sur un critère trop extensif, et englober toutes les infractions. C'est malheureusement à ce second cas de figure qu'aboutit une conception de la complexité assimilée à la pluralité sans aucune forme de précision, dans la mesure où la grande majorité des infractions nécessitent un résultat au titre de leur consommation, et la quasi-totalité des infractions est subordonnée à une condition préalable au stade de leur apparition. A l'inverse, la définition contemporaine, désormais traditionnelle, de la complexité répond à l'objectif pédagogique et pratique poursuivi par toute classification. En effet, circonscrite à une pluralité d'actes différents au sein du comportement, la complexité renvoie à une catégorie bien identifiée d'infractions, qui s'opposent, non seulement aux infractions simples, dont le comportement est fait d'un seul acte, mais également aux infractions d'habitude, dont le comportement exige deux actes identiques.

31.- La seconde explication à l'affirmation du caractère complexe de l'escroquerie tient à une confusion erronée entre le second acte du comportement et le résultat. En effet, ranger l'escroquerie dans la catégorie des infractions complexes, au motif que celle-ci requiert une tromperie et une remise, et en analysant la tromperie et la remise comme deux actes de nature différente, revient à considérer que la remise incarne

⁸¹. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 313, n° 422.

⁸². Il existe d'autres classifications, qui reposent, notamment, sur l'élément moral de l'infraction (intention ; non-intention) ou sur l'objet (personnes ; biens) de celle-ci.

le second acte du comportement. Cependant, la remise ne peut pas justifier le caractère complexe de l'escroquerie, et ce pour deux raisons.

Dans la mesure où la remise constitue déjà le résultat de l'escroquerie, elle ne peut pas appartenir à la fois au résultat et au comportement de l'escroquerie. Une telle ubiquité de la remise est impossible, non seulement intellectuellement, mais également juridiquement. Intellectuellement, d'une part, la remise ne saurait faire office d'intermédiaire entre la tromperie et... elle-même. Juridiquement, d'autre part, l'adage *non bis in diem* s'oppose à ce qu'un même élément soit utilisé deux fois pour caractériser une infraction⁸³.

A supposer que la remise puisse appartenir à la fois au résultat et au comportement, elle ne peut pas correspondre au second acte du comportement de l'escroquerie. Une telle incompatibilité est perceptible à travers la définition de l'acte en question. Le Professeur André DECOCQ est le seul à se prononcer sur la distinction entre le second acte du comportement et le résultat, et par là même à proposer une définition des deux notions. Selon l'auteur, l'acte caractéristique de la complexité « suppose une certaine initiative de l'agent, à l'exclusion de l'événement qui, découlant de l'acte précédent sans aucune intervention nouvelle dudit agent, est le simple résultat de l'infraction »⁸⁴. Or, la remise ne répond en aucun cas à une telle définition. D'une part, le second acte du comportement doit consister en une « intervention nouvelle de l'agent », mais la remise ne constitue pas toujours une intervention « de l'agent ». En effet, la remise est effectuée, non pas par l'escroc, mais par la victime à ce dernier⁸⁵. Certes, la remise peut s'envisager selon deux versants, soit comme une remise par la

⁸³. Par exemple, en matière de viol (C. pén., art. 222-23), la qualité de l'auteur ou le jeune âge de la victime d'un viol ne peuvent pas servir à caractériser, et l'absence de consentement au titre de la consommation, et une circonstance aggravante au stade de la répression. Sur ce point : DARSONVILLE, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Viol, n° 32. *Contra* : DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167 ; MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal : essai d'une théorie générale*, Thèse Lyon, 1976, p. 312, n° 433. Selon les auteurs, dans l'escroquerie, la remise permet de caractériser, et le second acte du comportement, et le résultat.

⁸⁴. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167.

⁸⁵. Le fait que la remise émane, non pas de l'escroc, mais de la victime, ne semble déranger, ni la doctrine, ni la jurisprudence. La doctrine en prend simplement son parti, constatant qu'il est surprenant que le second acte du comportement procède de quelqu'un d'autre que l'auteur de l'infraction. En ce sens, CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 119, n° 209 : « parfois, de façon plus surprenante, les actes nécessaires émanent pour les uns du délinquant, pour les autres de sa victime : ainsi l'escroquerie passe, et par une tromperie émanant de l'escroc, et par une remise consécutive effectuée par la dupe ». La jurisprudence, quant à elle, en fait clairement abstraction, déplaçant la remise sur l'auteur de l'infraction. Par exemple, lorsque l'escroquerie consiste pour l'escroc à obtenir un chèque de la part de la victime, la Cour de cassation considère que « la présentation du chèque à l'encaissement [par celui-ci] caractérise la remise » : Crim., 30 juin 1999, n° 98-82.009, *Bull. crim.* n° 170, *Dr. pén.* 2000, comm. 13, Véron, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 823, Bouloc.

victime, soit comme une réception par l'escroc, et il serait tentant de voir dans ce dernier cas le second acte du comportement, qui se décomposerait donc en un premier acte de tromperie et un second acte de réception⁸⁶. Cependant, la réception ne saurait constituer le second acte du comportement, pour la simple et bonne raison qu'elle n'est pas nécessairement assurée par l'escroc. En effet, la remise peut tout aussi bien être effectuée entre les mains de l'escroc que dans celle d'un tiers⁸⁷. Dans cette dernière hypothèse, l'escroc ne commet qu'un acte de tromperie, l'acte de réception étant quant à lui accompli par le tiers. A compter de là, trois principes fondamentaux du droit pénal s'opposent à ce que l'acte de réception émanant du tiers soit considéré comme le second acte du comportement dont devra répondre l'escroc. D'abord, le principe de responsabilité personnelle (*C. pén.*, art. 121-1) impose que tous les agissements incriminés au titre du comportement soient imputables à l'auteur de l'infraction, qu'il s'agisse du premier comme du second acte. Ensuite, le principe *non bis in idem* empêche qu'un même acte soit réprimé deux fois, une fois en tant que second acte du comportement de l'escroc, et une autre fois en tant qu'acte de coaction ou de complicité du tiers⁸⁸. Enfin, le principe de légalité (*C. pén.*, art. 111-2 ; 111-3) impose que toutes les composantes de l'infraction, y compris les deux actes caractéristiques de la complexité, soient fixés préalablement dans un texte juridique, et donc empêche que ces dernières varient aléatoirement au gré des circonstances factuelles, selon que la réception est opérée par l'escroc ou le tiers. En d'autres termes, soit l'escroquerie est une infraction simple se contentant d'un acte de tromperie, soit l'escroquerie est une infraction complexe comprenant un acte de tromperie et un acte de réception, mais l'escroquerie ne peut pas être alternativement une infraction simple lorsque l'escroc réalise seulement la tromperie et que le tiers effectue la réception, et une infraction complexe lorsque l'escroc accomplit à la fois la tromperie et la réception. D'autre part, le second acte du comportement doit consister en une « *intervention nouvelle de*

⁸⁶. En ce sens : DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167.

⁸⁷. Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, p. 142, *S.* 1872, p. 255 ; Crim., 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59, *S.* 1881, 1, p. 329 ; Crim., 23 avr. 1896, *S.* 1897, p. 59 ; Crim., 23 nov. 1901, *D.* 1904, p. 571 ; Crim., 8 juill. 1932, *Bull. crim.* n° 175, *D.H.* 1932, p. 558, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 569 ; Crim., 22 oct. 1936, *Bull. crim.* n° 101 ; Crim., 7 nov. 1941, *D.C.* 1942, p. 9 ; Crim., 6 janv. 1962, *Bull. crim.* n° 11 ; Crim., 26 juill. 1971, n° 69-92.539, *Bull. crim.* n° 242 ; Crim., 23 nov. 1976, n° 75-90.852, *Bull. crim.* n° 335 ; Crim., 6 oct. 1977, n° 76-93.263, *Bull. crim.* n° 293 ; Crim., 4 mai 1987, n° 86-93.629, *Bull. crim.* n° 175, *Rev. sc. crim.* 1988, p. 533, Bouzat ; Crim., 3 déc. 1990, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 108, Véron ; Crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.399, *Bull. crim.* n° 326 ; Crim., 15 nov. 2000, n° 00-82.948, inédit.

⁸⁸. MASCALA, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Escroquerie, n° 189 ; RASSAT, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Escroquerie, n° 79.

l'agent », mais le premier acte de tromperie ne nécessite jamais une « nouvelle » intervention de l'agent, donc un second acte de ce dernier, pour aboutir au résultat. En effet, de par son but, « *persuader de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou tout autre événement chimérique* »⁸⁹, la tromperie renferme une sollicitation suffisante à elle seule à déterminer une réaction de la victime, sans réclamer le renfort d'un quelconque acte supplémentaire. Par conséquent, ne consistant pas toujours en une intervention de l'agent, et jamais en une intervention nouvelle de ce dernier, la remise ne peut en aucun cas être considérée comme le second acte du comportement faisant de l'escroquerie une infraction complexe. Pour reprendre la définition du Professeur André DECOCQ, à défaut de constituer une intervention nouvelle de l'agent, la remise n'incarne pas un acte complétant le premier acte du comportement, mais le résultat, conséquence du seul acte du comportement. La relation de cause à effet entre la tromperie et la remise a déjà été évoquée dans les développements qui précèdent. A ce titre, Laurent SAENKO a décelé dans l'article 313-1 du Code pénal, non seulement le signe de l'exigence d'un lien de causalité, mais également la marque de l'exclusion d'un rapport de connexité entre les deux composantes⁹⁰. Le texte incrimine « *le fait [...] de tromper une personne [...], et de la déterminer ainsi, [...] à remettre* ». Selon l'auteur, la présence de l'adverbe « *ainsi* » empêche de d'envisager l'élément matériel comme un comportement composé de deux actes, l'acte de tromper et l'acte de déterminer à remettre, reliés par un simple « *lien de matérialité* »⁹¹, mais impose d'analyser celui-ci comme un comportement et un résultat, un acte de tromperie et sa conséquence, unis par un véritable lien de causalité⁹². Evincée de la fonction de second acte du comportement,

⁸⁹. Ce but figurait expressément dans l'ancien article 405 du Code pénal. S'il n'a pas été reproduit dans l'actuel article 313-1 du Code pénal, il n'en demeure pas moins une référence dans la caractérisation de la tromperie. Sur ce point : MASCALA, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Escroquerie, n° 83.

⁹⁰. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 313, n° 423, et p. 319, n° 429.

⁹¹. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 319, n° 429.

⁹². Si la tromperie et la remise étaient reliées par un lien de matérialité, les deux composantes pourraient intervenir dans un ordre quelconque, la réalisation de l'élément matériel se contentant de leur adjonction. Mais comme la tromperie et la remise sont liées par un lien de causalité, les deux composantes doivent intervenir dans un ordre précis, la tromperie puis la remise, la constitution de l'élément matériel exigeant, non seulement leur association, mais également une certaine articulation. En ce sens : SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 319, n° 429.

et confirmée dans son statut de résultat, la remise ne confère pas à l'escroquerie une nature complexe⁹³, mais uniquement une structure matérielle.

B – Une composante essentielle de l'escroquerie

32.- Si une chose semble acquise à la lecture de l'article 313-1 du Code pénal, c'est que la remise est une condition de l'escroquerie, l'interrogation portant exclusivement sur le rôle de cette composante – résultat ou pas ? – afin d'en déduire la structure matérielle ou formelle de l'infraction. En effet, visée dans le texte d'incrimination, la remise occupe une place, non pas facultative (1), mais obligatoire (2) au sein de l'escroquerie.

1 – La fausse éventualité

33.- A partir du moment où la remise figure dans le texte d'incrimination de l'escroquerie, elle s'impose automatiquement comme une condition de l'infraction. Pourtant, quelques auteurs soutiennent que l'escroquerie peut être caractérisée, certes en présence d'une remise, mais aussi en l'absence de celle-ci⁹⁴.

Sans aller jusqu'à affirmer expressément le caractère formel de l'escroquerie, ces derniers le sous-entendent implicitement⁹⁵ lorsqu'ils écrivent que « *l'infraction se rapproche alors d'un délit formel, dans la mesure où celui-ci se consomme indépendamment de tout résultat dommageable* »⁹⁶. Cependant, une même infraction ne peut pas être à la fois matérielle et formelle. Soit le résultat engendré par le comportement est indispensable pour la consommation, et l'infraction est matérielle. Soit ce même résultat est indifférent, c'est-à-dire qu'il peut exister comme ne pas

⁹³. En ce sens : DREYER, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2014, p. 398, n° 617 ; REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon, 1993, p. 491, n° 454 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 313, n° 423.

⁹⁴. CONTE, *Droit pénal spécial*, Lexis Nexis, 4^e éd., 2013, p. 338, n° 573 ; LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2013, p. 50, n° 166 ; VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 14^e éd., 2012, p. 282, n° 422.

⁹⁵. Explicitement pour le caractère formel : BOULOC, *Encycl. Dalloz Droit pénal*, v° Escroquerie, n° 321 ; JONQUERE, *Rép. dr. crim.*, v° Escroquerie, n° 47 ; LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial*, Police-Revue, 1968, p. 415, note 1 ; ROZES, « L'infraction consommée », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 609 ; VOUIN et RASSAT, *Droit pénal spécial, t. I – Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique*, Dalloz, 4^e éd., 1976, n° 54.

⁹⁶. LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2013, p. 50, n° 166.

exister, et l'infraction est formelle⁹⁷. Par conséquent, avancer qu'il peut y avoir escroquerie sans remise, c'est considérer que l'escroquerie est une infraction formelle. A en croire cette fraction de la doctrine, la remise est bien le résultat de la tromperie, mais n'est pas pour autant le résultat de l'escroquerie. Pour ces auteurs, lorsqu'elle intervient, la remise est une conséquence de la tromperie, mais qu'elle intervienne ou pas, la remise n'est pas une composante de l'escroquerie.

2 – La vraie nécessité

34.- Soutenir que l'escroquerie peut être caractérisée en l'absence de remise est erroné, et ce pour deux raisons, factuelle et juridique.

D'une part, il peut y avoir remise dans les faits. L'hypothèse dans laquelle les auteurs précités refusent de parler de remise vise les cas où celle-ci s'effectue de façon immatérielle, ce qui est possible depuis l'entrée en vigueur de l'article 313-1 du Code pénal, prévoyant expressément que la remise peut consister « à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ». Il faudrait donc opérer une distinction selon l'objet de la remise. Soit l'objet de la remise est concret, lorsque celle-ci porte sur des fonds ou un bien corporel, et il peut y avoir remise, qui se traduit le plus souvent par la tradition de la chose, c'est-à-dire son passage des mains de la victime à celles de l'auteur. Soit l'objet de la remise est abstrait, lorsque celle-ci porte sur des valeurs, un bien incorporel⁹⁸, un service ou un acte opérant obligation ou décharge, et il ne peut pas y avoir remise proprement dite, il s'agit plus exactement d'une inscription scripturale pour les valeurs, d'une prestation pour le service ou d'un *negotium* pour l'acte juridique. Pourtant, même dans ces cas de figure il y a remise, certes pas palpable, mais néanmoins

⁹⁷. Par exemple, l'administration de substances de nature à entraîner la mort, qu'elle engendre la mort ou pas, constitue un empoisonnement (*C. pén.*, art. 221-5), qui est donc une infraction formelle. Rares sont les hypothèses dans lesquelles l'avènement d'un résultat consécutif au comportement d'une infraction formelle, oblige à basculer sur une qualification matérielle. Par exemple, le comportement dangereux, qui cause un risque immédiat de mort, constitue l'infraction formelle de mise en danger délibérée d'autrui (*C. pén.*, art. 223-1), mais ce même comportement, lorsqu'il cause effectivement la mort ou des blessures, constitue l'infraction matérielle d'homicide ou de blessures involontaires aggravés (*C. pén.*, art. 221-6, al. 2 ; 222-19, al. 2 ; 222-20).

⁹⁸. En visant un « bien quelconque », l'article 313-1 du Code pénal englobe les biens corporels et incorporels.

réelle, celle-ci procédant « *par équivalent* »⁹⁹. D'ailleurs, sous l'empire de l'ancien article 405 du Code pénal, ce type de remise immatérielle, alors qu'il n'était pas encore prévu par le texte, était déjà admis par le juge au moyen d'une matérialisation ingénieuse. Par exemple, pour citer le plus célèbre, dans l'escroquerie au parcmètre, l'obtention du « service temps » se matérialisait par le déplacement de l'aiguille sur le cadran¹⁰⁰. Par conséquent, quelle que soit sa consistance, matérielle ou immatérielle, la remise est possible.

D'autre part, il doit y avoir remise en droit. Le principe de légalité (*C. pén.*, art. 111-2 ; 111-3) impose de définir toute infraction dans un texte, c'est-à-dire de fixer dans la loi ou le règlement les conditions permettant de considérer qu'une infraction est réalisée. Une fois posées par le législateur, les conditions d'une infraction ne peuvent pas changer sous l'effet de la jurisprudence ou de la doctrine, sauf à vider le principe de légalité de toute sa substance. Les conditions d'une infraction sont à la fois limitatives et impératives, si bien qu'on ne peut, ni en ajouter, ni en enlever. A partir du moment où l'article 313-1 du Code pénal mentionne la remise, celle-ci constitue une composante obligatoire de l'escroquerie, de sorte qu'il est impossible d'envisager une escroquerie sans remise. Soit il y a remise, et l'escroquerie peut éventuellement être caractérisée, si ses autres conditions sont réunies. Soit il n'y a pas remise, et l'escroquerie ne peut absolument pas être caractérisée, faute pour une de ses conditions d'être remplie. Par conséquent, en l'absence de remise, l'escroquerie est impossible¹⁰¹.

35.- Composante indispensable de l'élément matériel et conséquence incontestable de la tromperie, la remise constitue le résultat de l'escroquerie, qui est donc une infraction matérielle¹⁰². Dernière composante de l'escroquerie, la remise

⁹⁹. GASSIN, *JCP G* 1972, II, 17277, ss. *Crim.*, 10 déc. 1970 ; MASCALA, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Escroquerie, n° 159.

¹⁰⁰. *Crim.*, 10 déc. 1970, n° 70-91.155, *Bull. crim.* n° 334, *D.* 1972, p. 155, Roujou de Boubée, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 641, Doucet, *JCP G* 1972, II, 17277, Gassin, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 691, Bouzat, *RTD com.* 1971, p. 852, Bouzat ; *Crim.*, 29 mai 1978, n° 74-90.413, *Bull. crim.* n° 170, *D.* 1978, IR, p. 344, Roujou de Boubée.

¹⁰¹. *Crim.*, 23 avr. 1932, *Bull. crim.* n° 115, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 194.

¹⁰². DESPORTES et LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 405, n° 445 ; KEYMAN, « Le résultat pénal », *Rev. sc. crim.* 1968, p. 788 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 221, n° 203 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, t. I – *Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 649, n° 514 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 352, n° 376 ; RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 317, n° 270 ; SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990, p. 294, n° 584 ; SPITERI, « L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.* 1966, p. 513. *Contra* : BOULOC, *Encycl. Dalloz Droit pénal*, v° Escroquerie, n° 321 ; JONQUERE, *Rép. dr.*

correspond au moment final de sa consommation et devrait à ce titre incarner le critère unique de sa localisation. Il n'en est pourtant rien car, si le résultat est le facteur impératif de la consommation d'une infraction matérielle, en revanche il n'est qu'un support facultatif de la localisation de celle-ci.

Section II – L'indifférence du résultat au stade de la localisation

36.- Indispensable pour la consommation de l'escroquerie, la remise est indifférente pour sa localisation. Il existe donc un véritable décalage, au sein de cette même infraction, entre la consommation et la localisation, la première ne pouvant pas aboutir sans la remise, alors que la seconde peut s'affranchir de celle-ci. En effet, chaque fois qu'elle est réalisée en France, la remise permet inmanquablement de localiser l'escroquerie sur le territoire de la République, mais même lorsque la remise est réalisée à l'étranger, cela n'empêche pas nécessairement de situer l'escroquerie sur le sol national, le comportement servant automatiquement de relais. Le procédé est avantageux pour la localisation mais désastreux pour la consommation, une telle interversion des critères de localisation (§ I) entraînant la dilution des repères de la consommation (§ II).

I – L'interversion des critères de localisation

37.- Si la remise est le seul marqueur de l'achèvement final de l'escroquerie, en revanche la remise et la tromperie sont toutes les deux un facteur de son rattachement territorial, dans la mesure où la localisation ne passe pas obligatoirement par la remise, mais puise indistinctement dans la remise ou dans la tromperie. En matière de localisation, la remise et la tromperie n'entretiennent donc plus un rapport hiérarchique, qui les enfermait dans un ordre intangible, mais interviennent désormais sur un pied d'égalité, qui leur confère un pouvoir comparable. En effet, si la tromperie est

crim., v° Escroquerie, n° 47 ; LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial*, Police-Revue, 1968, p. 415, note 1 ; ROZES, « L'infraction consommée », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 609 ; VOUIN et RASSAT, *Droit pénal*

dépourvue de la fonction constitutive de la remise, en revanche la tromperie est dotée de la même faculté attractive que la remise, le comportement permettant de localiser l'escroquerie dans les mêmes conditions, et avec les mêmes conséquences que le résultat. Cette interchangeabilité entre le résultat et le comportement de l'escroquerie présente l'intérêt d'optimiser fortement le rattachement territorial de l'infraction (A), ce qui explique pourquoi ce raisonnement artificiel est parfaitement assimilé (B).

A – L'optimisation du rattachement territorial

38.- L'exploitation de la tromperie, en plus de la remise, au titre des critères de localisation de l'escroquerie, permet d'augmenter les possibilités de situer l'infraction en France. La maximisation de la localisation est réelle, dans la mesure où elle ne se réduit pas à une proclamation théorique (1), mais se ressent dans les applications pratiques (2).

1 – L'affirmation théorique

39.- Juridiquement parlant, l'escroquerie peut être localisée sur le territoire de la République dès lors que la remise¹⁰³ a lieu sur le sol national mais aussi, dans le cas où celle-ci se produit à l'étranger, lorsque la tromperie¹⁰⁴ est réalisée en France. Le fait de permuter le résultat et le comportement, en séparant le procédé de localisation du processus de consommation, permet de multiplier les possibilités de rattachement territorial de l'escroquerie. Appuyée sur la consommation, la localisation de l'escroquerie devrait se fixer exclusivement sur la dernière composante de sa matérialité,

spécial, t. I – Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique, Dalloz, 4^e éd., 1976, n° 54.

¹⁰³. Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 255 ; Crim., 2 août 1883, *D.* 1884, 1, p. 139, *S.* 1885, 1, p. 509 ; Crim., 31 août 1911, *Rev. crit. DIP* 1912, p. 360, de Lapradelle ; Crim., 8 juin 1912, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154 (coauteur) ; Crim., 28 nov. 1996, n° 95-80.168, *Bull. crim.* n° 437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, Véron, *JCP G* 1997, I, 3041, Véron, *RTD com.* 1997, p. 520, Bouloc.

¹⁰⁴. Crim., 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59, *S.* 1881, 1, p. 329 ; Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Crim., 8 nov. 1888, *Bull. crim.* n° 313, *S.* 1890, 1, p. 287 ; Crim., 4 juill. 1903, *D.* 1903, 1, p. 425, *S.* 1904, 1, p. 105, Roux ; Crim., 18 déc. 1908, *D.* 1911, 5, p. 11, *Gaz. Pal.* 1909, 1, p. 680, *JDI* 1909, p. 1061, *S.* 1913, 1, p. 116 ; Crim., 8 juin 1912, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154 (auteur) ; Crim., 13 déc. 1982, inédit ; Crim., 14 nov. 2002, n° 01-86.021, inédit ; Crim., 27 juin 2012, n° 11-86.773, inédit.

la remise, alors que détachée de la consommation, la localisation de l'infraction peut se baser indistinctement sur la remise ou sur la tromperie, ce qui double les critères de localisation par rapport aux conditions de la consommation. En effet, la localisation détachée de la consommation ne signifie pas que la première prend le contrepied de la seconde, c'est-à-dire que la localisation est dépendante du comportement là où la consommation est subordonnée au résultat. La localisation n'opère pas une simple inversion, dans laquelle le comportement remplacerait le résultat, mais une véritable interversion, dans laquelle le comportement vient s'ajouter au résultat. La remise n'est pas remplacée par la tromperie, mais est secondée par celle-ci au titre des critères de localisation, ce qui offre à l'escroquerie, non pas un, mais deux points de rattachement au territoire de la République.

2 – L'application pratique

40.- Concrètement parlant, il va de soi que la multiplication par deux des hypothèses théoriques grâce auxquelles une infraction peut potentiellement être reliée à la France entraîne l'augmentation corrélative des situations pratiques dans lesquelles l'infraction est effectivement localisée sur le sol national. L'exemple de l'escroquerie est éloquent. Sans prétendre à l'exhaustivité, le recensement minutieux des décisions relatives à la localisation de cette infraction révèle une proportion plus importante de localisation à partir de la tromperie par rapport à la remise. En effet, sur les quatorze arrêts précités¹⁰⁵ réputant l'escroquerie commise sur le territoire de la République, cinq reposent sur la remise¹⁰⁶ et neuf sur la tromperie¹⁰⁷, la remise étant réalisée en

¹⁰⁵. Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 255 ; Crim., 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59, *S.* 1881, 1, p. 329 ; Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Crim., 2 août 1883, *D.* 1884, 1, p. 139, *S.* 1885, 1, p. 509 ; Crim., 8 nov. 1888, *Bull. crim.* n° 313, *S.* 1890, 1, p. 287 ; Crim., 4 juill. 1903, *D.* 1903, 1, p. 425, *S.* 1904, 1, p. 105, Roux ; Crim., 18 déc. 1908, *D.* 1911, 5, p. 11, *Gaz. Pal.* 1909, 1, p. 680, *JDI* 1909, p. 1061, *S.* 1913, 1, p. 116 ; Crim., 31 août 1911, *Rev. crit. DIP* 1912, p. 360, de Lapradelle ; Crim., 8 juin 1912, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154 (auteur) ; Crim., 8 juin 1912, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154 (coauteur) ; Crim., 13 déc. 1982, inédit ; Crim., 28 nov. 1996, n° 95-80.168, *Bull. crim.* n° 437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, Véron, *JCP G* 1997, I, 3041, Véron, *RTD com.* 1997, p. 520, Bouloc ; Crim., 14 nov. 2002, n° 01-86.021, inédit ; Crim., 27 juin 2012, n° 11-86.773, inédit.

¹⁰⁶. Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 255 ; Crim., 2 août 1883, *D.* 1884, 1, p. 139, *S.* 1885, 1, p. 509 ; Crim., 31 août 1911, *Rev. crit. DIP* 1912, p. 360, de Lapradelle ; Crim., 8 juin 1912, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154 (coauteur) ; Crim., 28 nov. 1996, n° 95-80.168, *Bull. crim.* n° 437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, Véron, *JCP G* 1997, I, 3041, Véron, *RTD com.* 1997, p. 520, Bouloc.

¹⁰⁷. Crim., 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59, *S.* 1881, 1, p. 329 ; Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Crim., 8 nov. 1888, *Bull. crim.* n° 313, *S.* 1890, 1, p. 287 ; Crim., 4 juill. 1903, *D.* 1903,

Allemagne, en Angleterre, en Italie ou en Suisse selon les espèces. Ramenée en pourcentage, calcul qui ne se veut nullement scientifique mais purement indicatif, la localisation en France de l'escroquerie est fondée à 35% sur le résultat, contre 65% sur le comportement. C'est dire à quel point un critère réduit au seul résultat pour localiser une infraction matérielle, est limitatif en termes d'attraction sur le sol national. A peu de chose près, la multiplication par deux des critères de localisation de l'escroquerie permet de multiplier d'autant, voire plus, ses cas de rattachement au territoire de la République.

B – L'assimilation du raisonnement artificiel

41.- La prise en compte de la tromperie à la place du résultat est tellement efficace pour ramener l'escroquerie en France, que l'artifice consistant à substituer le comportement au résultat au titre des critères de localisation de cette infraction matérielle est accueilli par l'ensemble des intervenants du monde juridique, évidemment la jurisprudence à l'origine du procédé (1), mais également le législateur (2) et la doctrine (3).

1 – L'évolution jurisprudentielle

42.- La jurisprudence considère que, comme la remise, la tromperie sert de critère de localisation de l'escroquerie. Cependant, derrière cette égalité apparente entre le comportement et le résultat, se devine la primauté évidente du second sur le premier. Composante finale de la consommation, la remise constitue le critère de localisation prioritaire, alors que composante « ordinaire » de la consommation, la tromperie intervient comme un critère de localisation subsidiaire, le comportement suppléant le résultat uniquement si celui-ci ne peut pas s'appliquer.

Une telle hiérarchie transparaissait dans les décisions, notamment à travers la comparaison de leur motivation, selon que la localisation reposait sur la tromperie ou sur la remise. Lorsque seul le comportement avait lieu en France, la jurisprudence localisait

1, p. 425, *S.* 1904, 1, p. 105, Roux ; *Crim.*, 18 déc. 1908, *D.* 1911, 5, p. 11, *Gaz. Pal.* 1909, 1, p. 680, *JDI* 1909, p. 1061, *S.* 1913, 1, p. 116 ; *Crim.*, 8 juin 1912, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154 (auteur) ; *Crim.*, 13 déc. 1982, inédit ; *Crim.*, 14 nov. 2002, n° 01-86.021, inédit ; *Crim.*, 27 juin 2012, n° 11-86.773, inédit.

l'escroquerie à partir de la tromperie « *quand bien même la remise, qui consomme définitivement l'escroquerie, n'est pas réalisée en France* », s'empressant d'ajouter que « *les manœuvres frauduleuses sont un élément essentiel de l'infraction* »¹⁰⁸. A travers ces deux formules, la jurisprudence trahissait le caractère artificiel de la localisation fondée sur la tromperie, avouant par la première que la remise était le critère incontestable, et tentant de justifier par la seconde que la tromperie n'était pas un critère si discutable. En revanche, lorsque le résultat avait lieu en France, la jurisprudence localisait l'escroquerie à partir de la remise, sans faire une quelconque référence à la tromperie, que ce soit pour justifier la prise en compte de la remise en cas de tromperie réalisée à l'étranger, ou pour renforcer celle-ci en cas de tromperie aussi réalisée en France. Par conséquent, si la remise et la tromperie ont toujours fait toutes deux office de critère de localisation aux yeux de la jurisprudence, celle-ci semblait néanmoins avoir conscience que le comportement est moins légitime que le résultat pour rattacher une infraction matérielle au territoire de la République.

Il est notable que la justification des décisions localisant l'escroquerie à partir de la tromperie a progressivement disparu, la motivation se limitant à une formule, qui n'est que la reprise mot pour mot de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, en vertu duquel « *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* »¹⁰⁹. Une telle évolution dans la motivation des arrêts ne signifie nullement que la solution est moins artificielle, mais simplement que celle-ci s'est standardisée avec le temps. En quelque sorte, l'exception que le juge prenait soin de justifier dans les décisions anciennes est devenue un principe sur lequel il ne s'attarde plus dans les décisions récentes.

2 – La consécration légale

43.- La position de la jurisprudence a emporté l'adhésion du législateur, dans la mesure où les décisions jurisprudentielles relatives à la localisation de l'escroquerie en particulier, sont à l'origine des dispositions légales régissant la localisation de toute

¹⁰⁸. Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Crim., 18 déc. 1908, *D.* 1911, 5, p. 11, *Gaz. Pal.* 1909, 1, p. 680, *JDI* 1909, p. 1061, *S.* 1913, 1, p. 116.

¹⁰⁹. Crim., 14 nov. 2002, n° 01-86.021, inédit ; Crim., 27 juin 2012, n° 11-86.773, inédit.

infraction en général¹¹⁰. En effet, de par son procédé d'exécution, qui permet à l'auteur de se faire remettre le bien convoité sans avoir à rencontrer la victime¹¹¹, l'escroquerie a toujours été une infraction sujette à un éclatement dans l'espace, l'auteur cherchant le plus possible à rester éloigné de sa victime pour des raisons évidentes d'impunité. Inspiré par la jurisprudence qui localisait l'escroquerie sur le territoire de la République, quand bien même les deux composantes de son élément matériel n'étaient pas réalisées en France, le législateur a instauré une disposition prévoyant expressément la possibilité de localiser toute infraction par une seule de ses composantes¹¹². Ainsi, hier l'article 693 du Code de procédure pénale disposait qu'« *est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* » et aujourd'hui l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal dispose que « *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ». Depuis lors, la solution jurisprudentielle consistant à localiser l'escroquerie aussi bien par la remise que par la tromperie, n'en est pas moins artificielle, mais dispose d'un fondement légal.

3 – L'acceptation doctrinale

44.- La consécration par le législateur s'est accompagnée d'une acceptation par la doctrine. En effet, sans contester la création d'un article autorisant à localiser une infraction par une seule de ses composantes, les auteurs pourraient néanmoins s'étonner, voire dénoncer l'interprétation extensive de celui-ci aboutissant à la localisation de l'escroquerie par n'importe laquelle de ses composantes. Pourtant, les décisions considérant que l'escroquerie est réalisée en France, tant en fonction de son résultat que de son comportement, ne déclenchent pas les réactions attendues. Quelques rares

¹¹⁰. DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 356, n° 392 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 203, n° 188.

¹¹¹. La remise en main propre n'est pas obligatoire : Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 254 ; Crim., 23 avr. 1896, *S.* 1897, 1, p. 59 ; Crim., 23 nov. 1901, *D.* 1904, 1, p. 571 ; Crim., 8 juill. 1932, *Bull. crim.* n° 175, *D.H.* 1932, p. 558, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 569 ; Crim., 22 oct. 1936, *Bull. crim.* n° 101 ; Crim., 6 janv. 1962, *Bull. crim.* n° 11 ; Crim., 26 juill. 1971, n° 69-92.539, *Bull. crim.* n° 242 ; Crim., 23 nov. 1976, n° 75-90.852, *Bull. crim.* n° 335 ; Crim., 6 oct. 1977, n° 76-93.263, *Bull. crim.* n° 293 ; Crim., 4 mai 1987, n° 86-93.629, *Bull. crim.* n° 175, *Rev. sc. crim.* 1988, p. 533, Bouzat ; Crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.399, *Bull. crim.* n° 326 ; Crim., 15 nov. 2000, n° 00-82.948, inédit.

¹¹². Si l'article a bien été inspiré par l'escroquerie, en revanche il ne lui a pas été réservé. A ce titre, l'extension de territorialité figure dans la partie générale du Code pénal, parmi les dispositions

auteurs estiment que l'escroquerie devrait être localisée seulement par la remise, se gardant toutefois de critiquer la localisation par la tromperie¹¹³. La plupart se contente de constater que l'escroquerie est localisée à la fois par la remise et la tromperie, s'abstenant ainsi de se prononcer sur la question. Et certains cautionnent même la localisation de l'escroquerie par la tromperie en plus de la remise¹¹⁴, allant jusqu'à y voir un « système nécessaire »¹¹⁵, ou une « approche juste »¹¹⁶. Simple résignation ou véritable approbation, les deux réactions sont le signe que la solution profondément ancrée dans la jurisprudence, est parfaitement intégrée par la doctrine.

II – La dilution des repères de la consommation

45.- Ne pas faire coïncider le critère de la localisation de l'escroquerie avec le moment de la consommation de celle-ci est incontestablement profitable pour la première, mais considérablement dommageable pour la seconde. En réalité, l'impact négatif de la localisation sur la consommation est double, dans la mesure où la structure matérielle de l'escroquerie n'est pas seulement dénigrée, mais également dénaturée. En effet, lorsqu'elle localise l'escroquerie à partir de la tromperie, la jurisprudence ignore la structure matérielle, en retenant le comportement comme critère alors que celui-ci devrait se limiter au résultat, mais de surcroît elle transforme la structure matérielle, en qualifiant l'escroquerie d'infraction complexe¹¹⁷ alors qu'elle consiste uniquement en une infraction matérielle. Les développements qui suivent ne reviendront pas sur

applicables à toutes les infractions, et non dans la partie spéciale de celui-ci, au sein des dispositions relatives à l'escroquerie.

¹¹³. FAUSTIN-HELIE, *Traité d'instruction criminelle*, Plon, 2^e éd., 1866, p. 167, n° 688 ; SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990, p. 348, n° 694.

¹¹⁴. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 929, n° 1640 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 205, n° 145 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 441, n° 585.

¹¹⁵. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 929, n° 1640.

¹¹⁶. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 441, n° 585.

¹¹⁷. Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Crim., 18 déc. 1908, *D.* 1911, 5, p. 11, *Gaz. Pal.* 1909, 1, p. 680, *JDI* 1909, p. 1061, *S.* 1913, 1, p. 116 ; Crim., 8 juin 1912, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154. La qualification d'infraction complexe n'est pas réservée aux arrêts portant sur la localisation internationale de l'escroquerie, et se retrouve dans les décisions relatives à la localisation interne de celle-ci, Crim., 12 déc. 1935, *Gaz. Pal.* 1936, 1, p. 116, *Rev. sc. crim.* 1936, p. 244, Donnedieu de Vabres, *S.* 1937, 1, p. 280. Il semble donc que la jurisprudence, à l'instar de la doctrine,

l'impossibilité pour l'escroquerie de constituer une infraction complexe. La complexité répondant à une distinction entre les infractions fondée sur le comportement, son exploitation aux fins de localisation sera étudiée ultérieurement dans un titre consacré à la subdivision du comportement. Les développements ne se concentreront donc pas sur la qualification d'infraction complexe, mais sur le critère du comportement, et s'attacheront à démontrer en quoi la répression de l'escroquerie consécutive à un tel procédé de localisation contrevient à la matérialité de l'infraction. La dissociation entre le rattachement territorial et l'achèvement final de l'escroquerie aboutit à une atténuation dangereuse de cette infraction matérielle (A), alors qu'il existe des solutions respectueuses de son élément matériel (B).

A – L'atténuation dangereuse de l'infraction matérielle

46. L'amenuisement de la nature matérielle de l'escroquerie touche aussi bien le fonctionnement technique de l'infraction (1), que le fondement politique de celle-ci (2).

1 – Le fonctionnement technique

47.- Toute infraction est affiliée à une ou plusieurs classifications du droit pénal général, soit en raison de son élément moral, qui peut consister en une intention ou une non-intention, soit en fonction de son élément matériel, qui peut varier dans sa durée comme dans son contenu. L'escroquerie, parce qu'elle exige une tromperie et une remise, appartient à la catégorie des infractions dont le contenu de l'élément matériel nécessite un comportement et un résultat, ce qui la range dans la catégorie des infractions matérielles, par opposition aux infractions formelles, qui se contentent d'un comportement. La spécificité de l'escroquerie réside donc dans le fait d'exiger une condition supplémentaire, un résultat, au titre de sa matérialité.

Une telle particularité transparait dans la mise en œuvre de la répression de l'escroquerie, qui s'articule toute entière autour de la remise. Par exemple, c'est au

soit adopte une conception large de la complexité, dès lors qu'une infraction comporte plusieurs composantes, soit analyse la remise comme un second acte de l'escroc.

moment de la remise que l'escroquerie est définitivement consommée¹¹⁸, et c'est à compter de la remise que le point de départ du délai de prescription de l'action publique commence à courir¹¹⁹.

En revanche, cette particularité disparaît dans le cadre de l'application de la loi pénale dans l'espace, le lien de rattachement au territoire de la République reposant aussi bien sur la remise que sur la tromperie. Et c'est dans ce dernier cas, lorsque l'escroquerie est localisée en France à partir du comportement, que la distinction entre cette infraction matérielle et une infraction formelle s'estompe, pour ne pas dire s'efface, ces deux infractions de configuration différente faisant alors l'objet d'une localisation identique. En d'autres termes, l'escroquerie, qui s'éloigne d'une infraction formelle au regard de ses conditions de réalisation, s'en rapproche au regard de son critère de localisation.

2 – Le fondement politique

48.- L'amenuisement de la nature matérielle de l'escroquerie n'est pas que technique, il est aussi politique, dans la mesure où cette infraction matérielle emprunte à l'infraction formelle, non seulement les modalités, mais également la finalité de sa répression. En effet, la structure simple ou duale d'une infraction n'est pas le fruit du hasard, mais l'expression de la volonté du législateur de faire intervenir la répression à un certain moment. Très tôt, dès l'exécution du comportement pour l'infraction

¹¹⁸. Crim., 7 janv. 1944, *S.* 1944, 1, p. 112 ; Crim., 3 août 1950, *D.* 1950, p. 667 ; Crim., 3 déc. 1963, n° 62-93.686, *Bull. crim.* n° 344 ; Crim., 16 déc. 1965, n° 65-91.478, *Bull. crim.* n° 279 ; Crim., 22 nov. 1983, n° 81-93.446, *Bull. crim.* n° 307, *Rev. sc. crim.* 1985, p. 309, Bouzat ; Crim., 31 mai 1995, n° 94-81.063, inédit, *Gaz. Pal.* 1995, 2, p. 434, Doucet ; Crim., 30 juin 1999, n° 98-82.009, *Bull. crim.* n° 170, *Dr. pén.* 2000, comm. 13, Véron, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 823, Bouloc.

¹¹⁹. Crim., 15 nov. 1955, *Bull. crim.* n° 478 ; Crim., 3 déc. 1963, n° 62-93.686, *Bull. crim.* n° 344 ; Crim., 16 déc. 1965, n° 65-91.478, *Bull. crim.* n° 279 ; Crim., 22 nov. 1983, n° 81-93.446, *Bull. crim.* n° 307, *Rev. sc. crim.* 1985, p. 309, Bouzat ; Crim., 27 mai 1991, n° 90-80.267, *Bull. crim.* n° 222 ; Crim., 31 mai 1995, n° 94-81.063, inédit, *Gaz. Pal.* 1995, 2, p. 434, Doucet ; Crim., 2 avr. 1996, *Dr. pén.* 1996, comm. 185, Véron ; Crim., 24 avr. 1996, n° 95-83.069, inédit ; Crim., 30 juin 1999, n° 98-82.009, *Bull. crim.* n° 170, *Dr. pén.* 2000, comm. 13, Véron, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 823, Bouloc ; Crim., 26 avr. 2000, n° 99-84.475, inédit ; Crim., 13 juin 2001, n° 00-88.184, inédit ; Crim., 8 sept. 2010, n° 09-85.961, inédit, *D.* 2011, p. 1862, Mascala, *Dr. pén.* 2010, comm. 144, Véron, *RTD com.* 2011, p. 183, Bouloc. Certes, il arrive que le point de départ de la prescription soit fixé à un autre jour que celui de la remise. Cependant, en matière de prescription, l'absence de prise en compte de la remise constitue une exception, subordonnée aux conditions particulières de réalisation de l'infraction (par exemple, dans l'escroquerie au jugement, la prescription court à compter du jour où le jugement est devenu exécutoire : Crim., 30 juin 2004, n° 03-85.019, *Bull. crim.* n° 178, *Dr. pén.* 2004, comm. 156, Véron), alors qu'en matière de localisation, elle correspond au principe, décriée chaque fois que c'est davantage pour la localisation de l'infraction.

formelle. Plus tard, après la production du résultat pour l'infraction matérielle. La pluralité de composantes de l'infraction matérielle a donc une véritable raison d'être. Le comportement doit être suivi d'un résultat car le législateur considère qu'un acte n'est pas répréhensible en soi, mais le devient lorsqu'il engendre une certaine conséquence.

C'est ainsi qu'il a conçu l'escroquerie. Le seul fait pour une personne d'utiliser un faux nom ou une fausse qualité, d'abuser d'une qualité vraie, ou d'employer des manœuvres frauduleuses, ne fait pas de celle-ci un escroc. Tel ne sera le cas que si la manipulation pousse une autre personne à lui remettre quelque chose. Toutefois, une manipulation, lorsqu'elle procède par voie de publicité, est dangereuse en elle-même¹²⁰, sans attendre qu'elle provoque une remise. Ce comportement est punissable à lui seul sous l'incrimination de pratiques commerciales trompeuses¹²¹ (*C. consom.*, art. L. 121-1). Par conséquent, il existe, à côté de l'infraction matérielle d'escroquerie, l'infraction formelle de pratiques commerciales trompeuses, la seconde empruntant à la première son comportement, mais délaissant son résultat. Ces deux infractions, loin de se confondre¹²², se complètent. En effet, la déclinaison formelle d'une incrimination matérielle n'a pas vocation à substituer l'infraction formelle à l'infraction matérielle, mais a pour objectif de diversifier¹²³ les infractions. Chacune revêt son utilité, la coexistence de ces deux formes d'élément matériel permettant de varier le moment de la répression en fonction de la gravité du comportement.

Cependant, cette complémentarité dans la répression, traduite dans la consommation à travers une différence de structure, ne se retrouve pas dans la localisation à cause d'une équivalence de critère, l'infraction matérielle pouvant être située en France de la même façon qu'une infraction formelle lorsque le rattachement au sol national se fait par le comportement. En matière de localisation, l'infraction matérielle d'escroquerie engendre les mêmes conséquences répressives que l'infraction formelle de pratiques commerciales trompeuses, les deux infractions étant soumises à l'application de la loi pénale française dès la réalisation du comportement sur le

¹²⁰. Certainement parce qu'un tel procédé ne vise pas un individu en particulier mais touche tout le monde en général.

¹²¹. Les pratiques commerciales trompeuses constituent la dernière appellation conférée à ce comportement, successivement qualifié de publicité mensongère, puis de publicité trompeuse.

¹²². A ce titre, les qualifications d'escroquerie et de pratiques commerciales trompeuses peuvent se cumuler : *Crim.*, 21 juin 1988, n° 87-85.552, inédit, *RTD com.* 1989, Bouzat ; Rennes, 28 sept. 2000, *JCP G* 2001, II, 10592, Geoffroy et Belloir. Un tel cumul de qualifications est possible, dans la mesure où les infractions d'escroquerie et de pratiques commerciales trompeuses protègent une valeur sociale distincte, la propriété pour la première, le consommateur pour la seconde : *Crim.*, 10 mai 1978, n° 77-91.445, *Bull. crim.* n° 148, *Rev. sc. crim.* 1979, p. 868, Bouzat.

territoire de la République. Par conséquent, la politique criminelle, qui a motivé les conditions de la consommation de l'escroquerie, ne trouve aucune continuité dans les critères de la localisation de celle-ci.

B – Les propositions respectueuses de l'élément matériel

49.- La localisation de l'escroquerie à partir de la remise comme de la tromperie, sans aucune distinction, est d'autant plus regrettable qu'elle n'est pas indispensable. Il existe des solutions à la fois respectueuses de la consommation (1), et porteuses de localisation (2).

1 – Les qualifications pertinentes

50.- L'escroquerie pourrait être rattachée au territoire de la République par la tromperie, lorsque celle-ci s'effectue en France et que la remise se produit à l'étranger, sans pour autant porter atteinte à la structure de son élément matériel. Il suffirait alors de retenir une autre qualification que celle d'infraction matérielle.

La première hypothèse consisterait à retenir la qualification de tentative d'escroquerie¹²⁴. La structure binaire d'une infraction matérielle permet d'identifier facilement sa tentative, celle-ci intervenant chaque fois que le comportement se produit, mais qu'aucun résultat ne s'ensuit, le comportement correspondant alors au commencement d'exécution. Dans le cas particulier de l'escroquerie, il y a donc tentative d'escroquerie chaque fois que la tromperie de l'auteur n'engendre pas de remise par la victime. Par conséquent, lorsque la tromperie s'accomplit en France, et que la remise s'effectue à l'étranger, il serait possible de considérer qu'une escroquerie tentée a lieu sur le territoire de la République, et non une escroquerie achevée. La réalisation de la tromperie en France caractériserait le commencement d'exécution sur le sol national¹²⁵, et la production de la remise à l'étranger s'analyserait en une absence de

¹²³. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 224, n° 207.

¹²⁴. FAUSTIN-HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon, 2^e éd., 1866, p. 167, n° 688.

¹²⁵. Au nombre des arguments servant à justifier la localisation de l'escroquerie sur le territoire de la République à partir de la tromperie, certains auteurs ont avancé qu'un véritable commencement d'exécution, et non de simples actes préparatoires, était alors réalisé en France. Ces derniers auraient dû aller jusqu'au bout de leur raisonnement, et prôner la localisation en France d'une tentative

désistement volontaire. Actuellement, la jurisprudence ne localise de tentative d'escroquerie sur le territoire de la République, que dans le cas où la tromperie intervient en France sans engendrer aucune remise¹²⁶, ni en France, ni à l'étranger. Certes, retenir la qualification de tentative d'escroquerie, non seulement lorsque la remise n'a pas lieu du tout, mais également lorsque celle-ci n'a pas lieu en France, revient à traiter de façon similaire l'absence de remise où que ce soit, et l'existence d'une remise à l'étranger. Cependant, une telle assimilation n'est que le reflet de ce qui se passe concrètement sur le territoire français, la remise n'étant jamais en contact avec celui-ci, qu'elle n'intervienne pas du tout, ou qu'elle se produise dans un autre pays. Au regard du sol national, lorsque la remise existe, mais à l'étranger, c'est comme si la remise n'existe pas.

La seconde hypothèse consisterait à retenir une déclinaison formelle de l'escroquerie¹²⁷. Le législateur a incriminé de façon autonome certaines formes de tromperie, considérant que celles-ci portent en elles-mêmes atteinte à l'ordre public, quand bien même elles n'aboutissent à aucune remise. Il s'agit, notamment, des pratiques commerciales trompeuses (*C. consom.*, art. L. 121-1), et de l'usurpation de signes réservés à l'autorité publique (*C. pén.*, art. 433-15). Par conséquent, lorsque l'une de ces tromperies s'accomplit en France, et qu'une remise s'effectue à l'étranger, il serait possible de considérer qu'une escroquerie achevée a lieu sur le territoire de la République, non pas dans la version matérielle de l'article 313-1 du Code pénal, mais dans une des versions formelles évoquées ci-dessus. La réalisation de la tromperie en France caractériserait l'infraction sur le sol national, et la production d'une remise à l'étranger serait sans importance, au titre de la consommation donc *a fortiori* au stade de la localisation¹²⁸.

d'escroquerie, au lieu de cautionner celle d'une escroquerie consommée (Crim., 18 déc. 1908, *S.* 1913, 1, p. 116).

¹²⁶. *Infra*, n° 193.

¹²⁷. FAUSTIN-HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon, 2^e éd., 1866, p. 168, n° 688.

¹²⁸. Dans ce cas précis, en plus de se consommer *in fine* en France, l'infraction se réaliserait en entier sur le sol national, sa caractérisation se résumant au comportement. Par conséquent, l'infraction ne serait pas partiellement, mais totalement commise sur le territoire de la République, donc nul besoin de recourir à l'extension de territorialité posée à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, le principe de territorialité prévu au premier alinéa s'appliquant. Pour le cas de la tentative : *infra*, n° 203.

2 – Une localisation efficiente

51.- La localisation de l'escroquerie à partir du comportement sous l'une de ces deux qualifications, soit une tentative d'escroquerie, soit une version formelle d'escroquerie, présenterait le double intérêt de respecter sa structure matérielle, sans pour autant diminuer son rattachement au territoire de la République, la localisation étant tout aussi bien assurée dans ses applications pratiques.

Il n'est plus besoin de rappeler les raisons qui poussent la jurisprudence à prendre des libertés avec la structure de l'escroquerie en matière de localisation, c'est évidemment pour maximiser les chances de situer celle-ci sur le territoire de la République afin de lui appliquer la loi pénale française. Toutefois, le recours aux qualifications mentionnées d'infraction tentée ou formelle, lorsque seule la tromperie est réalisée en France, ne diminuerait en rien les hypothèses de rattachement de l'escroquerie au territoire de la République. Certes, les cas d'escroquerie érigée en infraction formelle se limitent à quelques exemples, et sont loin de couvrir toutes les configurations imaginables. Cependant, chaque fois qu'aucune déclinaison formelle ne trouverait pas à s'appliquer, la version tentée pourrait prendre le relais, et ce pour deux raisons. D'une part, la tentative d'escroquerie est toujours punissable, celle-ci étant expressément prévue par l'article 313-3 du Code pénal. D'autre part, la tromperie caractérise toujours le commencement d'exécution requis au titre de la tentative.

52.- Ces qualifications alternatives, qui permettraient de localiser l'escroquerie sur le territoire de la République tout aussi efficacement, et non fictivement, présentent l'avantage de proposer des solutions non attentatoires à la structure de l'escroquerie en particulier, et de toute infraction matérielle en général. En effet, les propositions formulées à propos de l'escroquerie sont tout à fait transposables à n'importe quelle autre infraction dont l'élément matériel exige un comportement et un résultat, dans la limite évidemment des cas de tentative punissable et de déclinaison formelle. Certes, parce que toute infraction ne s'accompagne pas d'une tentative punissable, et que toute infraction matérielle ne connaît pas une déclinaison formelle, les qualifications d'infraction tentée ou formelle sont insuffisantes à localiser en France toutes les infractions matérielles dont le résultat est réalisé à l'étranger. Cependant, y recourir chaque fois que la possibilité en est offerte, et ainsi éviter de se servir du comportement comme critère de substitution, serait autant d'atteintes en moins à la matérialité de

l'infraction concernée. L'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, de par sa formulation vague, autorise une exploitation généralisée de l'extension de territorialité. Toutefois, à l'instar des exceptions qui doivent être d'interprétation restrictive, les artifices doivent être d'application limitée.

Conclusion

53.- L'escroquerie est une infraction matérielle, qui se forme par la réunion d'un comportement, la tromperie, et d'un résultat, la remise. Paradoxalement, si la remise est indispensable à la consommation de l'escroquerie, composante unique permettant d'achever l'infraction, en revanche elle est indifférente à la localisation de l'escroquerie, critère quelconque participant à rattacher l'infraction au territoire de la République. Par conséquent, alourdie d'une remise dans le cadre de la consommation, l'escroquerie se trouve délestée de celle-ci pour les besoins de la localisation, perdant ainsi ce qui fait la spécificité juridique et politique d'une infraction matérielle. Cette atteinte à la consommation consécutive à un artifice de localisation est certes malheureuse, mais surtout dangereuse, le respect des principes qui gouvernent le droit pénal s'imposant plus que dans toute autre branche juridique, compte tenu des libertés individuelles en jeu.

54.- Il est vrai que dans le cadre de la localisation interne, la tromperie¹²⁹ sert de critère au même titre que la remise¹³⁰, sans que la nature matérielle de l'escroquerie soit considérée comme atténuée ou menacée pour autant. Il peut donc sembler injustifié, voire exagéré, de formuler une telle inquiétude à propos de l'escroquerie lorsque la tromperie est prise en compte au niveau de la localisation internationale. Certes, la localisation, quel que soit son contexte géographique d'intervention, remplit une fonction identique, situer l'escroquerie dans l'espace, au sein du territoire français si la localisation est interne, entre plusieurs pays dont la France si la localisation est internationale. De prime abord, rien de surprenant alors à ce que les deux types de

¹²⁹. Crim., 21 nov. 1806, *S.* 1808, p. 310 ; Crim., 20 août 1852, *Bull. crim.* n° 291, *D.* 1852, 5, p. 132 ; Crim., 9 déc. 1864, *Bull. crim.* n° 281, *D.* 1867, 5, p. 95 ; Crim., 24 août 1876, *S.* 1877, p. 553 ; Crim., 13 mars 1913, *Bull. crim.* n° 133 ; Crim., 12 déc. 1935, *Gaz. Pal.* 1936, 1, p. 116, *Rev. sc. crim.* 1936, p. 244, Donnedieu de Vabres, *S.* 1937, 1, p. 280 ; Crim., 11 févr. 1992, n° 91-86.066, *Bull. crim.* n° 63 ; Crim., 10 mai 2007, n° 06-84.647, inédit.

¹³⁰. Crim., 8 juill. 1932, *Bull. crim.* n° 175, *D.H.* 1932, p. 558, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 569.

localisation empruntent le même procédé¹³¹, consistant à retenir indifféremment la remise ou la tromperie comme critère de mise en œuvre. Cependant, l'indifférence entre la tromperie et la remise comme critère de localisation de l'escroquerie, acceptable pour la localisation interne, ne devrait pas être transposable à la localisation internationale. En effet, le rapprochement entre la localisation interne et la localisation internationale s'arrête à leur fonction identique, car leur objet et leur enjeu sont, quant à eux, différents. Et cet éloignement d'objet et d'enjeu fait que l'alternance de critère, anodine en matière de localisation interne, est au contraire à bannir en matière de localisation internationale.

La localisation interne et la localisation internationale portent bien sur un objet différent. Certes, dans les deux cas il s'agit de situer une infraction dans l'espace, mais selon que la localisation est interne ou internationale, l'infraction concernée comporte ou non un élément d'extranéité. Une telle différence d'objet a une incidence considérable sur l'enjeu que renferme chaque localisation au regard, tant de la matérialité de l'infraction, que de la légitimité de la répression. En d'autres termes, si l'indifférence de critère est sans importance en matière de localisation interne, en revanche elle n'est pas sans incidence en matière de localisation internationale, dans la mesure où, non seulement elle amoindrit la matérialité de l'infraction, mais également elle affaiblit la légitimité de la répression.

Selon que la localisation est interne ou internationale, l'indifférence du critère est ou non attentatoire à la matérialité de l'escroquerie. Parce que la localisation interne concerne une escroquerie totalement réalisée en France, et la localisation internationale une escroquerie partiellement commise sur le territoire de la République, le critère de la tromperie n'entraîne aucun impact sur l'élément matériel de l'infraction dans le premier cas, mais outrepassé celui-ci dans le second cas. En effet, l'intervention de la répression est subordonnée à la consommation de l'infraction, c'est-à-dire à la réunion de toutes les composantes de l'infraction telles qu'exigées dans le texte d'incrimination. Dans l'hypothèse d'une infraction matérielle, l'application de la loi pénale est donc subordonnée à la conjonction d'un comportement et d'un résultat. Si l'une de ces composantes fait défaut, et notamment le résultat, la loi pénale ne s'applique pas. Dans le cadre de la localisation interne, l'escroquerie est totalement réalisée en France, donc la tromperie et la remise sont exécutées sur le sol national. Au regard du territoire

¹³¹. D'ailleurs, les deux séries d'arrêts sont fréquemment mélangées, dans les citations de doctrine

français, toutes les composantes sont réunies pour permettre de considérer que l'infraction est consommée. Que le critère de localisation repose sur l'une ou l'autre des composantes, la tromperie ou la remise, la loi pénale s'applique à une infraction dont la matérialité est entièrement constituée. A l'inverse, dans le cadre de la localisation internationale, l'escroquerie n'est que partiellement commise sur le territoire de la République, la tromperie ou la remise étant accomplie dans un pays étranger. Au regard du territoire français, toutes les composantes ne sont pas réunies pour permettre de considérer que l'infraction est consommée. Que le critère de localisation réside dans l'une ou l'autre des composantes, la tromperie ou la remise, la loi pénale s'applique à une infraction dont la matérialité n'est pas entièrement constituée. C'est précisément en cela que la localisation internationale bafoue la matérialité de l'infraction, en n'exigeant pas la réunion de toutes les composantes de l'élément matériel, mais en se contentant de l'exécution d'une seule d'entre elles, pour faire jouer la répression. Certes, une telle atteinte à la matérialité de l'escroquerie est autorisée par le législateur à travers l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, qui prévoit la possibilité d'appliquer la loi pénale à une infraction seulement « *réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ». Cependant, elle pourrait être atténuée par la jurisprudence, au moyen d'une interprétation restrictive du « fait constitutif », en limitant celui-ci à la dernière composante de l'infraction, à savoir le résultat dans une infraction matérielle en général, et la remise dans l'escroquerie en particulier.

Selon que la localisation est interne ou internationale, l'indifférence du critère est nuisible à la légitimité de la répression de l'escroquerie. Parce que la localisation interne concerne une escroquerie totalement réalisée en France, et la localisation internationale une escroquerie partiellement commise sur le territoire de la République, le critère de la tromperie ne remet pas en cause l'application de la loi pénale française, mais fragilise celle-ci dans le second cas. La localisation interne de l'escroquerie vise à identifier la juridiction compétente pour connaître de l'infraction. En effet, lorsqu'une escroquerie est commise en France, mais en plusieurs endroits différents, l'infraction peut relever d'autant de juridictions que d'endroits où elle s'est manifestée, et l'article 382 du Code de procédure pénale règle ce conflit de juridiction en prévoyant la compétence du «

comme dans les références de jurisprudence.

tribunal correctionnel du lieu de l'infraction ». La localisation internationale, quant à elle, vise à déterminer la législation applicable à l'infraction, avant même de se poser la question de la juridiction compétente¹³². En effet, lorsqu'une escroquerie est commise à la fois en France et dans un ou plusieurs autres pays, l'infraction peut relever d'autant de lois pénales que d'Etats où elle s'est manifestée, et l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal règle ce conflit de loi en permettant la compétence de la loi pénale française « *dès lors qu'un fait constitutif de l'infraction a eu lieu sur le territoire de la République* ». Par conséquent, si en matière de localisation interne l'application de la loi pénale française est obligée, la juridiction désignée à l'issue de la localisation appliquant nécessairement la loi pénale nationale conformément au principe de solidarité des compétences législative et judiciaire, en revanche en matière de localisation internationale l'application de la loi pénale française n'est pas assurée, le lieu de l'infraction retenu à l'issue de la localisation pouvant désigner une loi pénale étrangère. La politique de localisation mise en œuvre par la jurisprudence a pour but de localiser autant que possible l'escroquerie sur le territoire de la République afin de la soumettre à la loi pénale française, mais il n'en demeure pas moins que cette loi pénale française est en concurrence avec d'autres lois pénales étrangères. De ce fait, la logique de la localisation de l'escroquerie ne devrait pas consister à rechercher l'application de la loi pénale française à tout prix en retenant n'importe quel critère, la remise comme la tromperie, mais au contraire, à s'assurer d'une application légitime de celle-ci en sélectionnant un critère, la remise.

Si l'admission de la tromperie comme critère de localisation est acceptable au stade de la localisation interne, dans la mesure où celle-ci ne renferme aucun enjeu au regard de la matérialité de l'infraction ou de la légitimité de la répression, en revanche la récupération de la tromperie comme critère de localisation au titre de la localisation internationale est préjudiciable. Par conséquent, l'utilisation indifférente de la tromperie ou de la remise pour localiser l'escroquerie au niveau interne, n'est pas transposable lorsqu'il s'agit de localiser l'infraction à l'échelle internationale.

¹³². La vocation des dispositions relatives applications de la loi pénale dans l'espace, à régir un conflit et loi et non un conflit de juridiction, transparait doublement dans la volonté du législateur, non seulement dans l'emplacement qu'il leur a réservé, mais également dans la façon dont il les a rédigées. En effet, de telles dispositions ne figurent plus dans le Code de procédure pénale mais dans le Code pénal, et ne commencent plus par « *les juridictions françaises sont compétentes* » mais par « *la loi française est applicable* ».

55.- L'escroquerie peut être située sur le territoire de la République aussi bien par la remise que par la tromperie, mais la localisation par le résultat comme par le comportement ne se limite pas à cette infraction matérielle, et s'applique à toutes les infractions matérielles. Par exemple, le critère de localisation de l'homicide involontaire réside, non seulement dans la mort¹³³ qui en constitue le résultat, mais également dans la faute¹³⁴ qui en caractérise le comportement. Les illustrations pourraient être multipliées à l'infini, la jurisprudence exploitant la structure duale des infractions matérielles, chaque fois que cela est nécessaire, afin de les rattacher au territoire de la République grâce au comportement réalisé en France lorsque le résultat est accompli à l'étranger. Par conséquent, dès lors qu'il ne peut pas être exploité pour situer une infraction matérielle sur le territoire de la République, le résultat est relégué des critères de localisation, et remplacé par le comportement. Paradoxalement, la substitution du comportement au résultat au titre des critères de localisation aboutit, non seulement à la relégation du résultat, mais également à la révélation de ce dernier.

¹³³. Crim., 30 déc. 1953, *Bull. crim.* n° 356.

¹³⁴. Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Paris, 4 juill. 1991, *Juris-Data* n° 1991-024090.

Chapitre II – La révélation du résultat

56.- La substitution du comportement au résultat est un procédé de localisation consistant à rattacher une infraction matérielle au territoire de la République par le comportement, chaque fois que le résultat ne peut pas servir de critère.

Paradoxalement, le recours à la substitution dans le cadre de la localisation d'une infraction matérielle, ignore et éclaire à la fois la consommation de celle-ci. Ignorance le plus souvent, dans la mesure où la localisation d'une infraction matérielle par le comportement, chaque fois que le résultat est commis à l'étranger, ne coïncide pas avec le moment de la consommation de celle-ci. Le résultat, essentiel pour la consommation, s'avère alors relégué par la localisation. Mais éclairage de temps en temps, dans la mesure où la localisation d'une infraction par le comportement, parce qu'une autre composante est réalisée à l'étranger, renseigne sur le contenu de la consommation de celle-ci. Le résultat, discuté dans la consommation, se trouve alors révélé par la localisation. En d'autres termes, la localisation par la substitution n'emporte pas uniquement des conséquences négatives en termes de consommation. Certes, l'artifice se traduit toujours par un sacrifice de la matérialité de l'infraction, la localisation ne respectant pas la hiérarchie au sein des composantes de celle-ci. Néanmoins, il s'accompagne parfois d'un bénéfice pour la matérialité de l'infraction, la localisation faisant ressortir le nombre de composantes de celle-ci, dans l'hypothèse où une hésitation subsiste quant à la nature matérielle ou formelle de l'infraction.

57.- Si la relégation du résultat se pratique fréquemment dans la localisation des infractions matérielles, en revanche la révélation du résultat n'intervient que rarement, la localisation devant porter sur une infraction dont la structure suscite la controverse à un degré tel qu'il est impossible d'en dégager la nature matérielle ou formelle. Les illustrations, loin de proliférer, sont donc limitées. Contrairement au cas de l'escroquerie, choisi parmi de nombreux exemples de relégation du résultat, le cas du délit d'initié s'impose comme le seul exemple de révélation du résultat. En effet, cette infraction fait partie des quelques infortunées dont le législateur n'a pas précisé la consommation, et dont la jurisprudence a eu à se prononcer sur la localisation. Débattu dans la consommation du délit d'initié (Section I), le résultat semble pourtant déductible de la localisation de celui-ci (Section II).

Section I – La contingence du résultat dans la consommation

58.- L'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier définit le délit d'initié comme « *le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du Code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées [...], de réaliser, de tenter de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations* »¹³⁵. Il ressort du texte d'incrimination que le délit d'initié exige, outre plusieurs conditions préalables relatives à la qualité de l'auteur, au caractère de l'information et à la connaissance du public, un élément moral et un élément matériel consistant, soit en la réalisation d'une opération boursière, soit en la participation à une telle opération.

59.- Ce texte d'incrimination ne se démarque pas par la qualité de sa rédaction, régulièrement décriée par la doctrine¹³⁶, non seulement pour ses incohérences¹³⁷, mais

¹³⁵. Afin de ne pas alourdir les développements, la citation de l'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier est allégée des conditions sans incidence sur l'objet de la démonstration, à savoir le quantum de la peine, la qualité de l'auteur et le contenu de l'information. A titre de rappel, le texte d'incrimination dans son intégralité est ainsi rédigé : « *est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du Code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur ou de ses titres admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article L. 421-1 ou pour lesquels une demande d'admission sur un tel marché a été présentée, ou sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations ou négociés sur un système multilatéral de négociation, admis à la négociation sur un tel marché ou pour lesquels une demande d'admission à la négociation sur un tel marché a été présentée ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif visé au II de l'article L. 421-1 admis sur un marché réglementé, de réaliser, de tenter de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations* ».

¹³⁶. CONTE, *Juris-Classeur Pénal des affaires*, Fasc. 20, Bourses, n° 10 ; DUCOULOUX-FAVARD, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Les délits et manquements boursiers, n° 1389.

¹³⁷. L'incohérence transparait dans les nombreuses contradictions du texte. Par exemple, l'article parle d'« *informations privilégiées* » au pluriel, ce qui peut laisser penser, au terme d'une analyse littérale, que la réalisation de l'opération boursière doit reposer, non pas sur une information privilégiée, mais sur plusieurs, ce qui n'est évidemment pas le cas. De plus, jusqu'en 2000, l'article prohibe le fait de réaliser une opération boursière et le fait de permettre « *sciemment* » de réaliser une telle opération, alors que les deux infractions recouvrent le même élément moral. En outre, d'une modification législative à l'autre, le délit d'initié peut se commettre, « *par interposition de personnes* », « *par personne interposée* » ou « *indirectement* ».

surtout pour ses insuffisances¹³⁸, qui rendent particulièrement ardue la délimitation des contours comme la détermination du contenu de l'infraction¹³⁹. L'élément matériel n'a pas échappé aux imperfections d'écriture, et derrière une simplicité apparente, il recèle une difficulté réelle. La difficulté ne réside pas dans la déclinaison sous deux formes, réaliser ou permettre de réaliser, mais dans l'imprécision de la formule « *réaliser une opération boursière* ». L'expression se retrouve dans chacune des variantes de l'élément matériel, mais recouvre une problématique différente de l'une à l'autre, de sorte qu'elle sera examinée successivement, à travers la réalisation d'une opération boursière (I), puis la participation à une telle opération (§ II).

I – La réalisation d'une opération boursière

60.- L'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier incrimine en premier lieu, le fait de réaliser une opération boursière. Dans cette hypothèse, la difficulté attachée à l'expression « *réaliser une opération boursière* » porte sur la consistance de la réalisation. En effet, l'expression « *réaliser une opération boursière* » peut s'entendre de deux manières, soit « entreprendre » une opération, ce qui suppose uniquement la passation d'un ordre boursier, soit « réussir » l'opération, ce qui requiert à la fois la passation et l'exécution d'un ordre boursier. Selon l'interprétation retenue, le délit d'initié pris dans sa première forme contient seulement un comportement consistant en la passation d'un ordre boursier, ou comprend également un résultat correspondant à l'exécution de ce même ordre boursier. L'enjeu est d'importance, pour concerner la structure de l'infraction, qui est formelle si elle se limite à la passation d'un ordre boursier, mais qui est matérielle si elle nécessite la passation d'un ordre boursier et

¹³⁸. L'insuffisance se traduit par la grande imprécision du texte, que ce soit pour définir les conditions préalables ou les éléments constitutifs.

¹³⁹. A ce titre, la France a fait l'objet d'une demande de condamnation devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au motif que le manque de précision de l'article incriminant le délit d'initié ne permettait pas aux justiciables de prévoir dans quelle mesure ils peuvent tomber sous le coup de cette qualification pénale. A une courte majorité, la Cour de Strasbourg a estimé l'incrimination suffisamment précise : CEDH, 6 oct. 2011 (Soros c/ France), n° 50425/06, *AJ Pénal* 2012, p. 156, Lasserre-Capdeville, *Bull. Joly Bourse* 2012, 11, Morel-Maroger, *Cah. Lamy Dr. pén. aff.* avr. 2012, 1, Gallois, *D.* 2011, p. 2597, Bachelet, *ibid.* 2011, p. 2823, Roujou de Boubée, *ibid.* 2012, p. 199, Bachelet et Zerouki-Cottin, *ibid.* 2012, p. 1698, Mascala, *Rev. sc. crim.* 2012, p. 252, Roets, *Rev. sociétés* 2012, p. 180, Matsopoulou.

l'exécution de celui-ci. A la conception matérielle suggérée par la logique de l'infraction (A), s'oppose l'acception formelle préférée par la pratique (B).

A – La conception matérielle suggérée par la logique

61.- En présence d'une incrimination équivoque, le réflexe consiste à se référer aux indices livrés par le législateur à travers la lettre (1), et l'esprit de la loi (2).

1 – La lettre de la loi

62.- Il peut sembler paradoxal, après avoir souligné les défauts de rédaction d'un texte, de s'y reporter pour démontrer la structure de l'infraction qu'il renferme. Cependant, ce n'est pas parce qu'un article comporte des inconvénients qu'il n'apporte aucun enseignement, que ce soit à travers les mots employés, ou ceux qui ne le sont pas.

63.- Concernant les termes absents du texte d'incrimination, d'une part, l'argument plaidant contre la nature formelle du délit d'initié réside dans la non-utilisation de la formule spécifique permettant d'identifier ce type d'infraction.

Toute infraction, quelle qu'elle soit, est élaborée en fonction d'un événement que le législateur entend éviter, le résultat redouté. Selon que l'infraction est matérielle ou formelle, le résultat redouté incarne ou non une composante de l'élément matériel. Mais que l'infraction soit matérielle ou formelle, le comportement s'oriente vers le résultat redouté, de sorte qu'il n'est pas rare que ce résultat figure dans le texte d'incrimination d'une infraction formelle, quand bien même le résultat n'entre pas dans la consommation de celle-ci. Difficile, dans une telle hypothèse, de distinguer une infraction formelle d'une infraction matérielle ! Afin de signaler la présence d'une infraction formelle, le législateur recourt à quelques formules spécifiques¹⁴⁰ indiquant que le comportement prohibé est « de nature à », a « pour objet de », ou est commis « en vue de ». Chaque expression traduit nettement l'indifférence attachée au résultat, l'adjonction des trois mots indiquant bien que le résultat est envisagé comme une simple éventualité, et non comme une véritable nécessité. Ainsi, l'empoisonnement (*C. pén.*, art. 221-5) est défini comme « *le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou*

l'administration de substances de nature à entraîner la mort », et non « entraînant » la mort. De même, la mise en danger délibérée d'autrui (*C. pén.*, art. 223-1) est définie comme « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente* », et non « entraînant » une mutilation ou une infirmité permanente. Les exemples ne se cantonnent pas au Code pénal, et se répètent dans des codes annexes. Dans le Code de la consommation, avec les pratiques commerciales trompeuses (*C. consom.*, art. L. 121-1, 2°), version formelle de l'escroquerie, désignées comme telles, « *lorsqu'elle[s] repose[nt] sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* ». Mais aussi dans le Code monétaire et financier, avec la manipulation de cours (*C. mon. fin.*, art. L. 465-2, al. 1), définies comme, « *le fait [...] d'exercer une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé* ».

Une formule spéciale étant employée pour toute infraction formelle et dans tout type de code, y compris dans le Code monétaire et financier pour un délit boursier, il n'existe donc aucune raison apparente pour que le législateur n'en ait pas fait usage à propos du délit d'initié, si vraiment il avait appréhendé celui-ci comme une infraction de comportement. Par conséquent, en définissant le délit d'initié comme le fait de réaliser une opération boursière, et non comme le fait d'utiliser une information privilégiée « de nature à », « ayant pour objet », ou « en vue de » réaliser une opération boursière, il semble que le législateur a envisagé le délit d'initié comme une infraction de résultat englobant la passation et l'exécution d'un ordre boursier.

64.- Concernant les termes présents dans le texte d'incrimination, d'autre part, l'argument penchant pour la structure matérielle du délit d'initié réside dans la définition courante du verbe « réaliser ».

L'infraction est une construction intellectuelle, qui consiste ni plus ni moins à conférer des conséquences juridiques à des circonstances concrètes. A ce titre, le texte d'incrimination prévoyant une infraction comporte deux volets, l'un exclusivement juridique, qui détermine la sanction encourue, l'autre également factuel, qui décrit la situation interdite. En effet, la consistance des agissements ou des événements prohibés

¹⁴⁰. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 223, n° 205.

ne fait appel à aucune notion juridique, mais ressort de l'acception usuelle des mots décrivant ces derniers. Par conséquent, à la question de savoir si le fait de réaliser une opération boursière consiste seulement en la passation d'un ordre boursier, ou également dans l'exécution de celui-ci, la réponse peut être recherchée dans la signification conférée au verbe « réaliser » dans le langage courant.

Or, selon le dictionnaire classique le verbe « réaliser » s'entend comme « *faire exister à titre de réalité ce qui n'existait que dans l'esprit ; faire correspondre une chose, un objet à une possibilité, une idée, un mot* »¹⁴¹. En vertu d'une telle définition, l'action de réaliser quelque chose implique l'idée d'achèvement, de concrétisation, idée qui se retrouve dans l'exécution d'un ordre boursier, mais pas dans la seule passation de celui-ci. En effet, il est difficile de concevoir comment la passation d'un ordre boursier, non suivie de l'exécution de celui-ci, peut aboutir à une opération effective sur un marché financier. D'ailleurs, le verbe « exécuter » est proposé parmi les synonymes du verbe « réaliser ».

Par conséquent, il semble plus approprié de considérer que le fait de « *réaliser une opération boursière* » recouvre à la fois la passation et l'exécution d'un ordre boursier, et non la seule passation de celui-ci.

2 – L'esprit de la loi

65.- Tout comme la façon dont une incrimination est rédigée, les raisons pour lesquelles celle-ci est créée sont riches d'enseignement sur la configuration de l'infraction. La volonté du législateur, s'exprime principalement dans les travaux parlementaires entourant l'adoption de la loi à l'origine de l'élaboration, ou de la modification de l'infraction. Malheureusement, dans le cas du délit d'initié, aucune des assemblées ne s'est prononcée sur le contenu de l'élément matériel. Cependant, la *ratio legis* connaît d'autres manifestations, qui peuvent être recherchées, non seulement dans la classification de l'infraction, mais également dans son articulation avec d'autres infractions.

66.- D'une part, la nature matérielle du délit d'initié résulte de sa classification au sein de l'ensemble des infractions. Comme cela a déjà été dit dans les

¹⁴¹. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2009, v° Réaliser.

développements qui précèdent, une infraction est élaborée en fonction d'un événement que le législateur entend éviter, le résultat redouté. En réalité, ce résultat redouté incarne une valeur sociale que le législateur s'évertue à protéger en sanctionnant l'atteinte qui y est portée. Chaque infraction tend donc à la protection d'une valeur sociale propre. Dans le meurtre (*C. pén.*, art. 221-1), pour prendre l'exemple le plus cité, l'interdiction de donner la mort protège la vie. Dans le délit d'initié, l'interdiction de réaliser une opération boursière assure l'égalité sur les marchés financiers¹⁴². En effet, l'absence d'égalité cause un trouble considérable à l'ordre public, pour ce qu'elle entraîne de déstabilisation desdits marchés, de perte de crédit, de spéculations gratuites, totalement déconnectées de la réalité économique et des lois de l'offre et de la demande.

Dans la mesure où le délit d'initié protège l'égalité, la consommation de l'infraction correspond au moment où cette égalité est rompue. Or, une telle rupture peut difficilement intervenir autrement qu'à travers l'exécution de l'ordre boursier. En effet, un déséquilibre de situation entre l'auteur de l'opération boursière litigieuse et les autres acteurs d'un marché financier ne peut se créer qu'en présence d'une modification de ce marché financier, qui passe par une opération boursière véritablement aboutie, et non simplement entreprise. Tant qu'il n'est pas liquidé, un ordre boursier ne supprime pas l'aléa sur un marché financier, donc ne brise aucune égalité. Par conséquent, élaborée pour préserver l'égalité, l'interdiction de réaliser une opération boursière doit comprendre à la fois la passation et l'exécution d'un ordre boursier, la passation étant insuffisante à elle seule pour porter atteinte à la valeur sociale protégée.

Considérer que la réalisation boursière contient uniquement la passation d'un ordre boursier consiste à faire intervenir la répression avant toute rupture d'égalité sur les marchés financiers, et se traduit par un changement de valeur sociale protégée¹⁴³. Le délit d'initié n'assure plus l'égalité entre les acteurs d'un marché financier, mais recherche la probité des agents disposant d'une information privilégiée de par leur statut, leur profession ou leur fonction. La finalité de la répression diffère, elle n'est pas objective, centrée sur l'uniformisation des situations, mais subjective, tournée vers la moralisation de certaines personnes. En effet, ce qui peut être reproché à travers la passation d'un ordre boursier, ce n'est pas l'exploitation effective d'une information

¹⁴². CONTE, *Juris-Classeur Pénal des affaires*, Fasc. 20, Bourses, n° 2 ; DUCOULOUX-FAVARD, *Juris-Classeur Société*, Fasc. 1600, Infractions boursières, n° 1 ; GIACOPELLI et CATELAN, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Délit et manquement boursier, n° 1.

¹⁴³. Sur le « gain de valeurs sociales » d'une infraction formelle par rapport à une infraction matérielle : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 226, n° 208.

privilégiée, qui provoque un impact néfaste sur un marché financier, mais l'utilisation quelconque d'une telle information, qui contrevient à un code de bonne conduite indépendamment des conséquences sur un marché financier. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'a été créée l'infraction, formelle quant à elle, de communication d'une information privilégiée visée à l'article L. 465-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier, quelques années après le délit d'initié prévu à l'alinéa précédant, afin de compléter l'arsenal répressif contre les infractions boursières. Souvent présentée comme identiques, ces deux valeurs protégées sont pourtant différentes. Et quand bien même elles vont de paire, de par leur complémentarité en termes de répression, la nuance est de taille concernant la structure de l'infraction ayant vocation à sanctionner leur violation, dans la mesure où l'atteinte à l'égalité sur les marchés financiers passe par un résultat, alors que l'atteinte à la probité des initiés passe par un comportement. Initialement orientée vers la protection de l'égalité sur les marchés financiers, le délit d'initié devrait donc s'analyser en une infraction de résultat, qui se consomme, non pas par la passation d'un ordre boursier, mais par l'exécution de celui-ci.

67.- D'autre part, la nature matérielle du délit d'initié résulte de son articulation avec la tentative de cette infraction. Lors de la création du délit d'initié, la tentative n'était pas punissable. C'est désormais chose possible depuis la loi du 26 juillet 2013¹⁴⁴, qui a inséré, après le fait de réaliser, celui de « *tenter de réaliser* » une opération boursière.

La répression de la tentative du délit d'initié conforte l'idée que cette infraction ne peut pas revêtir une structure formelle. Certes, la nature formelle d'une infraction ne constitue en rien un obstacle à la tentative punissable de celle-ci¹⁴⁵. Dans ce type d'infraction, le commencement d'exécution dispose d'une assise matérielle restreinte, ce qui rend la tentative peu accessible, mais pas impossible pour autant. Il n'est qu'à prendre l'exemple de l'empoisonnement (*C. pén.*, art. 221-5), infraction formelle par excellence, réprimée tant dans sa version consommée que tentée¹⁴⁶. Si la tentative du délit d'initié pris dans une acception formelle est théoriquement concevable, en revanche elle est concrètement improbable. En effet, comme l'explique parfaitement bien le Professeur Yves MAYAUD, « *les infractions formelles ont pour seuil de consommation ce qui correspond au commencement d'exécution dans le processus*

¹⁴⁴. L. n° 2013-672, 26 juill. 2013, *JO* 27 juill.

¹⁴⁵. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 288, n° 275.

¹⁴⁶. *Crim.*, 2 juill. 1886, *S.* 1887, 1, p. 489 ; *Crim.*, 5 févr. 1958, *Bull. crim.* n° 126.

*complet de la matérialité par rapport au résultat redouté. Il en résulte que la tentative punissable ne peut, dans ce type d'infraction, qu'être située avant, c'est-à-dire sur les actes préparatoires*¹⁴⁷. Dans la tentative de la passation d'un ordre boursier, le commencement d'exécution correspond donc aux agissements destinés à permettre la passation d'un tel ordre. Cependant, il est difficile de percevoir en quoi peuvent consister de tels agissements, et ce pour trois raisons. D'abord, l'obtention de l'information privilégiée doit être exclue des actes préparatoires. Non seulement, l'initié n'a pas besoin de faire quoi que ce soit pour se procurer une information privilégiée, dans la mesure où il a accès à une telle information de par son statut, sa profession ou sa fonction. Et de surcroît, la détention d'une information privilégiée constitue la condition préalable du délit d'initié, de sorte qu'elle ne peut pas en plus correspondre aux actes préparatoires de la tentative, sauf à violer la règle *non bis in idem* interdisant de réprimer deux fois un même fait. Ensuite, la sollicitation d'un tiers ne peut pas non plus être retenue au titre des actes préparatoires. En effet, le délit d'initié pouvant se commettre, « *directement ou par personne interposée* », le recours à un tiers relève de l'infraction consommée, et non de l'infraction tentée. Enfin, la décision de passer l'ordre boursier ne peut pas d'avantage renvoyer aux actes préparatoires. *Primo*, la prise de décision renvoie à la résolution criminelle, phase qui précède les actes préparatoires sur l'*iter criminis*. Trop éloignée du processus infractionnel, elle n'est pas punissable pénalement, quand bien même elle est condamnable moralement. *Secundo*, la décision ne permet pas de caractériser à elle seule un commencement d'exécution. Certes, la définition subjective du commencement d'exécution implique une dimension morale en plus de la dimension matérielle¹⁴⁸, néanmoins, elle ne saurait se satisfaire d'une donnée purement psychologique. Par conséquent, la tentative du délit d'initié pris dans une version formelle semble impossible, non pas au regard du droit, la configuration formelle n'interdisant pas en soi la répression de la tentative, mais au regard des faits, la passation d'un ordre boursier ne permettant pas la matérialisation d'un commencement d'exécution.

Si la tentative du délit d'initié est incompatible avec une structure formelle, en revanche elle est complémentaire avec une structure matérielle. Factuellement, d'une part, le commencement d'exécution ayant toute la latitude pour se manifester à travers la passation de l'ordre boursier, la non-exécution de celui-ci correspondant alors à

¹⁴⁷. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 287, n° 275.

l'absence de désistement volontaire. Politiquement, d'autre part, la tentative de délit d'initié permettant de réprimer la seule passation d'un ordre boursier, sans pour autant modifier la valeur sociale protégée, elle contribue à assurer, à un stade différent, l'égalité sur le marché financier.

B – L'acceptation formelle décrétée par la pratique

68.- Si la structure matérielle ressort de la logique de l'infraction, elle ne retient pas les faveurs de la pratique pour autant. En effet, pour les juridictions comme pour les auteurs, le fait de réaliser une opération boursière consiste en la passation d'un ordre boursier, mais se passe de l'exécution de celui-ci. Cependant, la nature formelle du délit d'initié repose sur des justifications fragiles, qui se résument à l'extrapolation de la doctrine (1), et à l'exagération de la jurisprudence (2).

1 – L'extrapolation de la doctrine

69.- La seule certitude qui entoure la consommation du délit d'initié pris dans sa première forme, c'est qu'elle suscite un malaise parmi la doctrine. Nombreux sont les auteurs qui se posent des questions, mais rares sont ceux qui proposent des réponses. Les quelques uns à se prononcer sont inévitablement partagés entre une structure matérielle ou formelle, mais incontestablement attirés par la nature formelle¹⁴⁹. Cependant, le raisonnement ayant amené ces derniers à conclure que la réalisation d'une opération boursière se résume à la passation d'un ordre boursier semble difficilement recevable, dans la mesure où il repose sur une mauvaise déduction, tirée de postulats concernant d'autres notions, soit l'exclusion du profit personnel, soit la suppression du dol spécial.

¹⁴⁸. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 284, n° 272.

¹⁴⁹. DUCOULOUX-FAVARD, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Les délits et manquements boursiers, n° 1389.

GIACOPELLI et CATELAN, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Délit et manquement boursier, n° 28 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 445, n° 588. *Contra* : JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaire ou la prédilection pour

70.- Pour un premier auteur¹⁵⁰, la structure formelle du délit d'initié résulte de l'indifférence du profit personnel retiré par l'initié. L'argument repose sur le syllogisme suivant. L'obtention d'un bénéfice par l'initié n'est pas nécessaire pour consommer l'infraction¹⁵¹. Or, le profit est le résultat de l'infraction. Par conséquent, l'infraction ne requiert pas de résultat au titre de sa consommation.

Certes, le profit personnel de l'auteur n'est pas une condition du délit d'initié. Sa mention dans le texte d'incrimination ne signifie nullement qu'il incarne une exigence dans la caractérisation de l'infraction, mais seulement qu'il sert de référence pour la détermination de la sanction, pour encadrer le montant de l'amende, qui ne peut pas descendre en dessous du profit, et peut grimper jusqu'au décuple de celui-ci¹⁵².

Néanmoins, indifférence du profit personnel ne signifie pas indifférence du résultat, pour la simple et bonne raison que le profit personnel n'est pas le résultat. En effet, le profit personnel constitue la plus-value que peut percevoir l'initié après avoir réalisé une opération boursière, alors que le résultat correspond à l'exécution de l'ordre boursier à laquelle l'initié procède pendant la réalisation de l'opération boursière. Si profit personnel et résultat sont liés, dans la mesure où il ne peut pas y avoir gain sans liquidation d'un ordre boursier, ils ne sont pas synonymes pour autant, car il peut y avoir exécution d'un ordre boursier sans gain, soit parce que l'argent revient à un tiers, soit parce que l'opération a échoué, soit parce que l'opération est déficitaire. Par conséquent, profit personnel de l'initié et résultat de l'infraction entretiennent une relation de causalité, mais ne se situent pas dans un rapport d'identité, de sorte que l'indifférence du profit personnel de l'initié ne fait pas obstacle à l'exigence de l'exécution d'un ordre boursier au titre de la consommation du délit d'initié.

l'inconsistance », *Mélanges Gassin*, PUAM, 2007, p. 262. *Adde* : CONTE, *Juris-Classeur Pénal des affaires*, Fasc. 20, Bourses, n° 29.

¹⁵⁰. GIACOPELLI et CATELAN, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Délit et manquement boursier, n° 24.

¹⁵¹. T. corr. Paris, 29 oct. 1975, *D.* 1976, p. 53, Delmas-Marty, *JCP G* 1976, II, 18329, Tunc, *Rev. sociétés* 1976, p. 345, Boulloc ; T. corr. Paris, 15 oct. 1976, *JCP G* 1977, II, 18543, Tunc, *Rev. sociétés* 1977, p. 123, Boulloc ; T. corr. Paris, 28 janv. 1985, *D.* 1985, p. 357, Marchi, *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 287, Ducouloux-Favard.

¹⁵². L'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier dispose que le délit d'initié « est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit ».

71.- Pour un second auteur¹⁵³, la structure formelle du délit d'initié résulte de l'absence de dol spécial devant animer l'initié. L'argument résulte d'un changement de rédaction du texte d'incrimination issu de la loi du 3 janvier 1983¹⁵⁴, qui supprime l'exigence selon laquelle l'initié, qui détient des informations privilégiées, doit réaliser une opération boursière « *en exploitant lesdites informations* »¹⁵⁵. Le retrait de l'expression « *en exploitant lesdites informations* » libère l'opération litigieuse de toute idée de réussite impliquant l'exécution d'un ordre boursier, de sorte que celle-ci se limite à la passation d'un ordre boursier.

Cependant, la suppression législative était destinée, moins à renseigner sur l'élément matériel qu'à stabiliser l'élément moral, en mettant un terme à la controverse que suscitait ce dernier. En effet, l'élément moral soulevait une interrogation au sein de la jurisprudence, sur le point de savoir si l'intention devait uniquement consister en un dol général, ou devait également comporter un dol spécial. La plupart des décisions¹⁵⁶ se satisfaisaient d'un dol général, ramenant l'élément moral à la connaissance du caractère privilégié de l'information, mais quelques unes¹⁵⁷ exigeaient un dol spécial, analysant l'élément moral comme la connaissance du caractère privilégié de l'information, et la volonté de réaliser un gain de mauvaise foi. Or, cette condition supplémentaire était déduite de l'exigence d'exploitation inscrite dans le texte d'incrimination. Le législateur est intervenu pour clore le débat, en reformulant le texte d'incrimination. La réalisation d'une opération boursière ne devait plus se faire « *en exploitant lesdites informations* », mais « *sur le fondement desdites informations* »¹⁵⁸. Par conséquent, la suppression de l'expression « *en exploitant lesdites informations* » n'avait aucunement pour finalité d'alléger d'un résultat la consistance de l'élément matériel, mais uniquement d'anéantir l'exigence du dol spécial dans l'élément moral.

¹⁵³. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 445, n° 588.

¹⁵⁴. L. n° 83-1, 3 janv. 1981, *JO* 4 janv.

¹⁵⁵. Le texte parle des informations au pluriel mais une information suffit.

¹⁵⁶. T. corr. Paris, 29 oct. 1975, *D.* 1976, p. 53, Delmas-Marty, *JCP G* 1976, II, 18329, Tunc, *Rev. sociétés* 1976, p. 345, Bouloc ; T. corr. Paris, 15 oct. 1976, *JCP G* 1977, II, 18543, Tunc, *Rev. sociétés* 1977, p. 123, Bouloc ; T. corr. Paris, 30 mars 1979, *JCP G* 1980, II, 19306, Tunc ; T. corr. Paris, 18 avr. 1979, *JCP G* 1980, I, 19306, Tunc ; T. corr. Paris, 28 janv. 1985, *D.* 1985, p. 357, Marchi, *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 287, Ducouloux-Favard.

¹⁵⁷. T. corr. Paris, 19 déc. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 51, *JCP G* 1976, II, 18329, Tunc, *RTD com.* 1976, p. 215, Bouzat.

¹⁵⁸. En réalité, en insérant l'expression « *en exploitant lesdites informations* », le législateur ne visait pas à instaurer un dol spécial au titre de l'élément moral, mais un lien de causalité entre l'information privilégiée et l'opération boursière, exigence qui transparaissait mieux dans l'expression « *sur le fondement desdites informations* ». Depuis, cette condition a aussi été supprimée.

72.- Ni l'indifférence du profit personnel, ni l'absence de dol spécial ne permettent de conclure que l'élément matériel du délit d'initié doit se limiter à la passation d'un ordre boursier, et ne peut pas s'étendre à la passation et l'exécution de celui-ci. Par conséquent, la structure formelle de l'infraction ne saurait trouver de justification dans les explications de la doctrine. En réalité, les auteurs partisans de l'infraction de comportement ne font que s'aligner sur la conception formelle retenue par la jurisprudence.

2 – L'exagération de la jurisprudence

73.- Confrontée à une incrimination elliptique en dépit de sa longueur, la jurisprudence s'est attelée à préciser les contours et le contenu du délit d'initié. Si elle s'est beaucoup attachée aux conditions préalables, notamment à la qualité d'initié et au caractère privilégié de l'information, ainsi qu'à l'élément moral, en revanche elle s'est peu penchée sur l'élément matériel. Parmi les nombreuses décisions rendues à propos du délit d'initié, rares sont celles portant sur la matérialité de l'infraction. En réalité, un seul arrêt, rendu par une cour d'appel¹⁵⁹, se prononce véritablement¹⁶⁰ sur ce qu'il faut entendre par la réalisation d'une opération boursière.

En l'espèce, une holding connaît des difficultés financières du fait d'une de ses deux filiales. Plusieurs dirigeants, techniciens et experts établissent les comptes de la filiale concernée et enregistrent des pertes bien plus importantes que celles attendues. A la suite de cette découverte, les conseils d'administration des trois sociétés du groupe sont convoqués le 17 avril, afin d'arrêter les mesures à prendre. Le 12 avril, le secrétaire général de la holding passe un ordre de vente de titres, exécuté les 12, 13, 16 et 17 avril. Le 16 avril, le président téléphone au secrétaire général pour l'informer officiellement de la situation du groupe. En première instance comme en appel, le secrétaire général est relaxé, au motif « *qu'il importe peu que la vente du 17 avril soit postérieure en date à l'information privilégiée qui lui fût communiquée le 16 avril dès lors qu'elle est la suite de l'ordre du 12 avril qui lui est antérieur de quatre jours, et dès lors qu'il ne peut être*

¹⁵⁹. T. corr. Paris, 17 mars 1976, *JCP G* 1976, II, 18496, Tunc ; Paris, 30 mars 1977, *JCP G* 1978, II, 18789, Tunc.

¹⁶⁰. Quelques jugements sont présentés comme se prononçant sur la question, mais ne portent en réalité que sur les conditions préalables ou l'élément moral : T. corr. Paris, 29 oct. 1975, *D.* 1976, p. 53, Delmas-Marty, *JCP G* 1976, II, 18329, Tunc, *Rev. sociétés* 1976, p. 345, Bouloc ; T. corr. Paris, 15 oct. 1976, *JCP G* 1977, II, 18543, Tunc, *Rev. sociétés* 1977, p. 123, Bouloc.

reproché [au secrétaire général] qu'un acte d'abstention non punissable, à supposer qu'il eut pu penser que son ordre initial n'était pas encore entièrement exécuté ».

La première partie de la solution¹⁶¹ dit bien que la réalisation d'une opération boursière réside, non pas dans l'exécution d'un ordre boursier, mais dans la passation de celui-ci, et donc que l'élément matériel du délit d'initié revêt une structure formelle. Une telle conclusion sur la nature de l'infraction résulte du raisonnement suivant. L'article L. 465-1 alinéa 1 incrimine le fait de réaliser une opération à partir d'une information privilégiée, avant que le public ait connaissance de cette information. Le délit d'initié est donc encadré dans un espace temporel, l'infraction ne pouvant être commise qu'entre la connaissance d'une information privilégiée par l'initié et la connaissance de cette information par le public. En d'autres termes, la connaissance d'une information privilégiée par l'initié incarne la condition préalable¹⁶² du délit d'initié, condition avant laquelle aucune infraction ne peut être caractérisée, faute de pouvoir exister. Par conséquent, en ne retenant pas la qualification de délit d'initié lorsque la passation de l'ordre s'effectue avant la connaissance de l'information privilégiée par l'initié, et que l'exécution de l'ordre boursier se produit après cette connaissance, la jurisprudence considère que le délit d'initié ne réside pas dans l'exécution, mais se réduit à la passation. La consommation du délit d'initié se résume donc à l'alternative suivante. Soit la passation de l'ordre boursier est postérieure à la connaissance de l'information privilégiée par l'initié, et il y a infraction¹⁶³. Soit la passation de l'ordre boursier est antérieure à la connaissance de l'information privilégiée par l'initié, et il n'y a pas infraction. L'exécution de l'ordre boursier est donc indifférente dans les deux cas de figure. Lorsque la passation a lieu après la connaissance de l'information privilégiée, l'absence d'exécution ne peut pas empêcher la caractérisation de l'infraction. Lorsque la passation a lieu avant la connaissance de l'information privilégiée, la présence d'une exécution après ne peut pas entraîner la caractérisation de l'infraction.

¹⁶¹. « Il importe peu que la vente du 17 avril soit postérieure en date à l'information privilégiée qui lui fut communiquée le 16 avril dès lors qu'elle est la suite de l'ordre du 12 avril qui lui est antérieur de quatre jours ».

¹⁶². Afin de ne pas alourdir les développements, les autres conditions préalables sont passées sous silence, car sans incidence sur l'objet de la démonstration.

¹⁶³. Dans cette logique, lorsque l'ordre est effectué avant la connaissance de l'information privilégiée par l'initié, mais réitéré après celle-ci, il y a aussi infraction : T. corr. Paris, 30 mars 1979, *JCP G* 1980, II, 19306, Tunc.

Cependant, la seconde partie¹⁶⁴ de la solution va plus loin. En réalité, la jurisprudence considère qu'il y a délit d'initié, non seulement lorsque l'initié passe un ordre boursier après avoir connaissance d'une information privilégiée, mais également lorsque l'initié n'annule pas son ordre boursier après avoir connaissance de l'information privilégiée. Dans cette seconde hypothèse, le délit d'initié est donc caractérisé, quand bien même la passation a lieu avant la connaissance de l'information privilégiée par l'initié, dès lors que l'initié ne retire pas son ordre postérieurement à la détention de l'information privilégiée. En l'espèce, l'initié se trouvait précisément dans ce cas de figure, mais n'a pas été condamné du chef de délit d'initié uniquement parce que la cour d'appel a considéré qu'il n'avait pas pu annuler son ordre, dans la mesure où il était persuadé que son ordre était déjà entièrement exécuté au moment où il a eu connaissance de l'information privilégiée. C'est la raison pour laquelle les juges du fond ont qualifié cette absence de retrait d'« *abstention non punissable* ».

74.- Une telle conception de l'élément matériel du délit d'initié est condamnable à double titre, non seulement au regard du nombre de ses composantes, mais également en raison de la durée de celles-ci.

Concernant le nombre de composantes de l'élément matériel, d'une part. En considérant que la réalisation d'une opération boursière n'exige pas la passation suivie de l'exécution d'un ordre boursier, mais se contente de la seule passation d'un tel ordre, la jurisprudence ramène l'élément matériel à une composante, un comportement, au lieu de deux, un comportement et un résultat. Si l'interprétation formelle de l'élément matériel s'éloigne malheureusement de la logique de l'incrimination, en revanche elle s'inscrit incontestablement dans une logique répressive. En effet, il n'est plus besoin de rappeler la portée politique de l'infraction formelle, qui permet, non seulement d'avancer le moment de la répression dès l'exécution du comportement sans attendre la réalisation d'un résultat, mais également d'assurer la répression du comportement en l'absence de tentative punissable, comme c'était le cas pour le délit d'initié jusqu'à la loi du 26 juillet 2013¹⁶⁵.

Concernant la durée de la composante de l'élément matériel, d'autre part. En considérant qu'il y a réalisation d'une opération boursière, non seulement en présence

¹⁶⁴. « Dès lors qu'il ne peut être reproché qu'un acte d'abstention non punissable, à supposer qu'il eut pu penser que son ordre initial n'était pas encore entièrement exécuté ».

¹⁶⁵. L. n° 2013-672, 26 juill. 2013, JO 27 juill.

d'un ordre boursier après la connaissance de l'information privilégiée par l'initié, mais également en l'absence d'annulation d'un ordre boursier après la connaissance de l'information privilégiée par l'initié, quand bien même il a été passé avant, la jurisprudence rallonge l'élément matériel dans le temps, érigeant l'infraction, normalement instantanée, en infraction continue. En effet, le délit d'initié ne se consomme plus en un trait de temps, dès la passation de l'ordre boursier, mais se prolonge dorénavant dans la durée, tant que la passation de l'ordre boursier n'est pas annulée. La modification ne s'arrête pas là, l'allongement de la durée de consommation se répercutant sur les modalités d'exécution. Désormais, le délit d'initié consiste moins en une obligation d'abstention, ne pas passer d'ordre boursier après la connaissance d'une information privilégiée, qu'en une obligation d'action, retirer un ordre boursier après la connaissance d'une information privilégiée.

Doté d'une structure formelle et d'une durée continue, le délit d'initié devient une infraction redoutable sur le plan répressif. En effet, la consommation de l'élément matériel est doublement facilitée, réduite à un comportement, et prolongée dans le temps. Cependant, en décrétant la structure formelle et en dénaturant la durée initiale du délit d'initié, la jurisprudence semble plus guidée par un opportunisme répressif que par l'orthodoxie juridique. A l'instar de son interprétation des conditions préalables¹⁶⁶ et de l'élément moral¹⁶⁷, celle de l'élément matériel n'est destinée qu'à permettre la caractérisation maximale de l'infraction. Cette tendance à propos du fait de réaliser une opération boursière se retrouve concernant le fait de permettre de réaliser une opération boursière.

II – La participation à une opération boursière

75.- L'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier incrimine en second lieu le fait de permettre de réaliser une opération boursière. Dans cette hypothèse, la difficulté attachée à l'expression « *réaliser une opération boursière* »

¹⁶⁶. Par exemple, le caractère privilégié de l'information est analysé de façon objective, et non subjective. De même, la notion de lien professionnel est interprétée de manière extensive.

¹⁶⁷. D'abord, l'élément moral est limité à un dol général. Ensuite, ce dol général est ramené à la simple connaissance du caractère privilégié de l'information. Enfin, une présomption de connaissance est posée à la charge des initiés « primaires », le délit d'initié devenant donc un purement matériel à l'égard de ces derniers. Les infractions dépourvues d'élément moral ont pourtant été supprimées lors de la réforme du

porte, non pas sur la consistance, mais sur l'existence de la réalisation. En effet, avant même de se demander si la réalisation d'une opération boursière implique seulement la passation d'un ordre boursier, ou exige à la fois la passation et l'exécution d'un tel ordre, il faut déterminer si le procédé utilisé par l'initié pour aider le tiers doit obligatoirement entraîner la réalisation d'une opération boursière par le tiers, ou peut éventuellement ne pas déboucher sur la réalisation d'une telle opération par celui-ci. Selon l'interprétation retenue, le délit d'initié pris dans sa seconde forme contient seulement un comportement consistant en l'utilisation d'un moyen destiné à faciliter la réalisation d'une opération boursière, ou comprend également un résultat correspondant à la réalisation de l'opération boursière proprement dite. Ici encore la structure de l'infraction est engagée, pour être formelle si elle se limite à l'utilisation d'un moyen approprié, ou matérielle si elle nécessite la réalisation d'une opération boursière.

Si la jurisprudence et la doctrine se sont peu prononcées sur le fait de réaliser une opération boursière, elles se sont encore moins exprimées sur le fait de permettre de réaliser une opération boursière. La structure de la seconde forme du délit d'initié est néanmoins révélée à travers la volonté du législateur. En effet, l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier ne comporte pas seulement un premier alinéa incriminant le délit d'initié à travers le fait de réaliser ou de permettre de réaliser une opération boursière, mais contient également un deuxième alinéa réprimant le fait de communiquer une information privilégiée¹⁶⁸. Or, la coexistence du fait de permettre de réaliser une opération boursière avec le fait de communiquer une information privilégiée, ne s'explique que si la première infraction est matérielle, et la seconde formelle. La différence de structure entre les deux infractions n'est en réalité que le reflet de leur complémentarité, qui se traduit, non seulement par l'élaboration successive des deux alinéas (A), mais également par l'application alternative de ces derniers (B).

Code pénal, seule les contraventions faisant encore l'objet d'une présomption d'intention : *C. pén.*, art. 121-3, al. 5.

¹⁶⁸. L'article L. 465-1 du Code monétaire et financier comprend un troisième alinéa, qui réprime le fait de réaliser ou de permettre de réaliser une opération boursière, ainsi que le fait de communiquer une information privilégiée à l'encontre des personnes ayant obtenu une information privilégiée autrement que par leur statut, leur profession ou leur fonction. Les deux infractions consistant respectivement en la réalisation d'une opération boursière et la communication d'une information privilégiée sont donc visées à deux alinéas distincts lorsqu'elles sont commises par un initié (*C. mon. fin.*, art. L. 465-1, al. 1 et 2), et prévues en un alinéa unique lorsqu'elles sont commises par un bénéficiaire (*C. mon. fin.*, art. L. 465-1,

A – L'élaboration successive

76.- Dans sa première mouture issue de la loi du 23 décembre 1970¹⁶⁹, l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967¹⁷⁰, aujourd'hui devenu l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier¹⁷¹, incriminait uniquement le fait de réaliser une opération boursière. Ce n'est qu'à la suite des failles régulièrement révélées par la pratique financière, que le texte a été progressivement complété par le législateur. Chaque fois qu'un comportement répréhensible ne rentrait pas dans l'incrimination existante, une loi venait, soit étendre son champ d'application, soit créer une nouvelle incrimination. Cette seconde hypothèse est à l'origine de l'actuel alinéa 2 de l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier. Parce que le fait de permettre de réaliser une opération boursière, prévu au premier alinéa, n'était pas toujours applicable (1), le fait de communiquer une information privilégiée, visé au deuxième alinéa, est désormais sanctionnable (2).

1 – La caractérisation impossible de la participation à une opération boursière

77.- La première extension du délit d'initié provient de la loi du 3 janvier 1983¹⁷², qui étend le champ d'application de l'infraction en réprimant, à côté du fait de réaliser une opération boursière, le fait de permettre de réaliser une telle opération. Malgré cet ajout, le texte d'incrimination ne permettait pas de recouvrir certaines situations pourtant répréhensibles, notamment lorsqu'un initié divulguait une information privilégiée à un tiers afin que le tiers réalise pour lui-même une opération boursière, mais qu'aucune opération boursière n'était finalement réalisée. En effet, dans une telle hypothèse, ni l'initié, ni le tiers, n'étaient passibles de poursuites pénales.

Concernant l'initié, d'une part, les trois fondements envisageables se révélaient impraticables. D'abord, l'initié ne pouvait pas être poursuivi pour délit d'initié pris dans

al. 3). L'élément matériel des infractions prévues au troisième alinéa n'étant que la reprise de celles visées aux deux premiers alinéas, tout ce qui est dit à propos des alinéas 1 et 2 vaut pour l'alinéa 3.

¹⁶⁹. L. n° 70-1208, 23 déc. 1970, *JO* 24 déc.

¹⁷⁰. Ord. n° 67-833, 28 sept. 1967, *JO* 29 sept.

¹⁷¹. L'ordonnance du 14 décembre 2000 (Ord. n° 2000-1223, 14 déc. 2000, *JO* 16 déc.) portant création du Code monétaire et financier a transposé l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 à l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier.

¹⁷². L. n° 83-1, 3 janv. 1983, *JO* 4 janv.

sa seconde forme (permettre de réaliser une opération boursière), dans la mesure où aucune opération boursière n'avait vu le jour. Ensuite, l'initié ne pouvait pas non plus être poursuivi pour tentative de délit d'initié. Certes, la divulgation de l'information pouvait caractériser un commencement d'exécution, et l'échec de l'opération une absence de désistement volontaire. Néanmoins, le fait de réaliser ou de permettre de réaliser une opération boursière étant sanctionné d'une peine de deux ans d'emprisonnement, il constituait un délit dont la tentative devait expressément être prévue par la loi (*C. pén.*, art. 121-4), or tel n'était pas le cas à l'époque¹⁷³. Enfin, l'initié ne pouvait pas davantage être poursuivi pour complicité de délit d'initié. En effet, si la divulgation de l'information pouvait s'analyser comme une aide, il manquait toutefois un fait principal punissable (*C. pén.*, art. 121-7), le tiers n'ayant commis aucune infraction.

Concernant le tiers, d'autre part, aucun fondement n'était concevable. Le tiers ne pouvait pas être poursuivi en tant que receleur (*C. pén.*, art. 321-1), l'infraction étant subordonnée à l'existence d'une infraction source, et ne pouvant porter, à l'époque, sur une chose immatérielle¹⁷⁴ telle qu'une information. Et le tiers ne pouvait pas non plus être poursuivi en tant que bénéficiaire (*C. mon. fin.*, art. L. 465-1, al. 3), l'infraction n'existant pas encore¹⁷⁵.

Afin de mettre un terme à une telle impunité à l'égard de l'initié¹⁷⁶, la loi du 2 août 1989¹⁷⁷ crée une nouvelle infraction en réprimant le simple fait, pour ce dernier, de communiquer une information privilégiée à un tiers. A compter de cette date, deux infractions proches, mais néanmoins distinctes coexistent, le fait de permettre de réaliser une opération boursière, et le fait de communiquer une information privilégiée, la seconde ayant été créée pour compléter la première.

¹⁷³. Depuis la loi du 26 juillet 2013 (L. n° 2013-672, 26 juill. 2013, *JO* 27 juill.), l'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier prévoit la tentative pour le fait de réaliser une opération boursière, mais pas pour le fait de permettre de réaliser celle-ci.

¹⁷⁴. Il faut attendre la réforme du Code pénal, qui incrimine le recel profit (*C. pén.*, art. 321, al. 2)

¹⁷⁵. Il faut attendre la loi du 15 novembre 2001 (L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001, *JO* 16 nov.), qui incrimine la réalisation d'une opération boursière et la communication d'une information privilégiée à l'encontre du bénéficiaire d'une information privilégiée.

¹⁷⁶. L'impunité à l'égard du tiers est quant à elle réglée à travers les qualifications de receleur ou de bénéficiaire.

¹⁷⁷. L. n° 89-531, 2 août 1989, *JO* 4 août.

2 – *L'incrimination palliative de la communication d'une information privilégiée*

78.- Le fait de communiquer une information privilégiée ne renferme aucune ambiguïté quant à son élément matériel. Il s'agit d'une infraction formelle¹⁷⁸, à travers laquelle la divulgation d'une information privilégiée par un initié est réprimée en elle-même, peu importe que celle-ci débouche ou non sur la réalisation d'une opération par le tiers à qui l'initié a transmis l'information litigieuse¹⁷⁹. La certitude concernant l'élément matériel du fait de communiquer une information privilégiée lève le doute entourant celui du fait de permettre de réaliser une opération boursière. Si la communication d'une information privilégiée revêt une nature formelle, c'est que la participation à une opération boursière renferme une structure matérielle. En effet, le fait de communiquer une information privilégiée a été incriminé afin de compléter la répression insuffisante à travers le fait de permettre de réaliser une opération boursière. La complémentarité entre les deux infractions ne reposant pas sur le comportement, l'élément moral ou la personne punissable, c'est que celle-ci réside dans le résultat.

79.- En premier lieu, la complémentarité entre le fait de permettre de réaliser une opération boursière et le fait de communiquer une information privilégiée ne réside pas dans le comportement. De prime abord, les actes incriminés ne se confondent pas, communiquer une information privilégiée n'étant pas synonyme de permettre réaliser une opération boursière. En réalité, les actes incriminés se recourent, communiquer une information privilégiée étant ni plus ni moins un moyen de permettre de réaliser une opération boursière. Par conséquent, si le fait de communiquer une information privilégiée permet d'intensifier la répression par rapport au fait de permettre de réaliser une opération boursière, ce n'est pas sur le terrain du comportement, la nouvelle

¹⁷⁸. Compte tenu des développements qui précèdent, il est impossible de ne pas souligner que le législateur a instauré une infraction formelle, sans insérer dans le texte d'incrimination la formule type indiquant la présence d'une infraction de comportement. Si l'expression « de nature à », « ayant pour objet de », ou « en vue de » se révèle nécessaire pour indiquer l'indifférence au résultat lorsque celui-ci est présent dans le texte d'incrimination, en revanche, une telle précision s'avère inutile lorsque le résultat en est absent. Si le législateur avait choisi d'inscrire le résultat dans le texte d'incrimination, l'article L. 465-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier aurait certainement réprimé « le fait de communiquer une information privilégiée de nature à réaliser une opération boursière ».

¹⁷⁹. CONTE, *Juris-Classeur Pénal des affaires*, Fasc. 20, Bourses, n° 33 ; DUCOULOUX-FAVARD, *Juris-Classeur Société*, Fasc. 1600, Infractions boursières, n° 82 ; LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2013, p. 380, n° 953 ; ROBERT et MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, p. 456, n° 282.

infraction recouvrant un éventail d'actes plus restreint que l'ancienne, donc ne pouvant pas appréhender des comportements supplémentaires. Le comportement prévu par l'alinéa 2 étant englobé dans le comportement prévu à l'alinéa 1, il est inutile de l'incriminer de façon autonome, sauf à ce que les deux infractions fassent doublon.

En second lieu, la complémentarité entre les deux infractions n'est pas non plus à rechercher dans l'élément moral. Le fait de permettre de réaliser une opération boursière est incontestablement une infraction intentionnelle, l'adverbe « sciemment » inscrit dans le texte d'incrimination depuis son élaboration par la loi du 3 janvier 1983¹⁸⁰ jusqu'à sa codification par l'ordonnance du 14 décembre 2000¹⁸¹ a toujours dissipé le moindre doute sur ce point. Le fait de communiquer peut quant à lui éventuellement semer le trouble, et ce pour trois raisons. D'abord, la communication d'une information privilégiée est présentée comme destinée à sanctionner l'initié bavard qui laisserait échapper une information au cours d'une conversation, ce qui lui vaut d'ailleurs l'appellation en doctrine d'infraction de « dîner en ville ». Ensuite, le texte d'incrimination n'a jamais comporté l'adverbe sciemment. Enfin, les peines d'emprisonnement et d'amende sont bien moindres que celles encourues pour la participation à une opération boursière¹⁸². Au regard de ces trois éléments, il ne serait donc pas inconcevable d'envisager que le fait de communiquer une infraction privilégiée est une infraction non intentionnelle. En réalité, les deux infractions exigent le même état d'esprit chez l'auteur de l'infraction. En effet, depuis la réforme du Code pénal, l'article 121-3 dispose que tous les délits sont intentionnels, sauf prévision contraire de la loi. En l'absence d'une quelconque précision concernant l'élément moral, dans l'alinéa 1 comme dans l'alinéa 2, les deux infractions exigent une intention. Par conséquent, si le fait de communiquer une information privilégiée permet de renforcer la répression par rapport au fait de permettre de réaliser une opération boursière, ce n'est pas sur le terrain de l'élément moral, la nouvelle infraction exigeant le même que l'ancienne, donc ne pouvant pas atteindre les comportements involontaires.

En dernier lieu, la complémentarité entre les deux infractions ne se situe pas davantage dans la condition préalable tenant à la qualité de l'auteur. Certes, chaque infraction s'applique à une catégorie différente d'initiés. L'alinéa 1 s'étend aux

¹⁸⁰. L. n° 83-1, 3 janv. 1983, *JO* 4 janv.

¹⁸¹. Ord. n° 2000-1223, 14 déc. 2000, *JO* 16 déc.

¹⁸². Le fait de communiquer une information privilégiée est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende, alors que le fait de permettre de réaliser une opération boursière est puni de deux ans d'emprisonnement et de 1 500 000 euros d'amende.

« *dirigeants [et aux] personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées* », alors que l'alinéa 2 se limite à « *toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée* ». Cependant, le fait de communiquer une information privilégiée recouvre un champ d'application plus restreint que le fait de permettre de réaliser une opération boursière. Comme l'alinéa 1, l'alinéa 2 s'applique aux personnes ayant reçu une information privilégiée dans le cadre de leur profession ou de leur fonction. Mais contrairement à l'alinéa 1, l'alinéa 2 ne s'applique, ni aux dirigeants, ni aux personnes ayant obtenu l'information privilégiée en dehors de leur profession ou de leur fonction, c'est-à-dire aux personnes qui n'ont pas reçu l'information privilégiée « *ès qualité de leur fonction ou dans l'exercice de leur contrat de travail ou de leur profession* »¹⁸³. Par conséquent, si le fait de communiquer une information privilégiée permet d'augmenter la répression par rapport au fait de permettre de réaliser une opération boursière, ce n'est pas sur le terrain de cette condition préalable, la nouvelle infraction recouvrant une catégorie d'inités plus restreinte que l'ancienne, donc ne pouvant pas appréhender des personnes supplémentaires.

80.- Le comportement, l'élément moral et la condition préalable évacués, il ne reste qu'un élément sur lequel peut reposer la complémentarité entre le fait de communiquer une information privilégiée et le fait de permettre de réaliser une opération boursière, le résultat, seule autre composante possible d'une infraction. Le fait de communiquer une information privilégiée étant une infraction formelle, dans laquelle la réalisation d'une opération boursière n'est pas nécessaire, le fait de permettre de réaliser une opération boursière est quant à elle une infraction matérielle, dans laquelle la réalisation d'une opération boursière est obligatoire. Plus exactement, c'est parce que l'alinéa 1 incriminait une infraction matérielle, que l'alinéa 2 est venu réprimer une infraction formelle¹⁸⁴.

¹⁸³. T. corr. Paris, 13 févr. 2002, *Dr. social* 2002, p. 1019, Cohen, *RTD com.* 2002, p. 347, Rontchevsky.

¹⁸⁴. Tous les auteurs n'expliquent pas la création du deuxième alinéa par sa complémentarité structurelle avec le premier alinéa. Pour certains, l'incrimination autonome du fait de communiquer une information privilégiée est venue combler l'absence de tentative punissable du fait de réaliser une opération boursière. En effet, lorsqu'un initié voulait réaliser une opération boursière en confiant la réalisation à un tiers, et que celui-ci échouait, l'initié ne pouvait pas être poursuivi pour avoir réalisé indirectement une opération boursière sur le fondement du premier alinéa, faute d'opération boursière, ni pour avoir tenté de réaliser une opération boursière, faute de tentative punissable : CONTE, *Juris-Classeur Pénal des affaires*, Fasc. 20, Bourses, n° 17. Cependant, depuis la loi du 26 juillet 2013 (L. n° 2013-672, 26 juill. 2013, *JO* 27 juill.), l'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier prévoit la tentative du fait

La complémentarité des deux infractions à travers leur résultat, présent dans l'une, absent dans l'autre, se traduit par le moment d'intervention de la répression, subordonné à la réalisation d'une opération boursière dans la première, mais indépendant d'une telle opération dans la seconde. C'est en cela que le fait de communiquer une information privilégiée permet d'amplifier la répression par rapport au fait de permettre de réaliser une opération boursière, en faisant varier, dans le sens d'une anticipation, l'immixtion du droit pénal dans deux situations de fait similaires. L'alinéa 2 fait jouer la répression dès l'exécution du comportement, là où l'alinéa 1 repousse celle-ci à la réalisation du résultat.

La complémentarité entre le fait de communiquer une information privilégiée et le fait de permettre de réaliser une opération boursière, n'est nullement remise en cause, ni même affaiblie, par la différence de comportement et de condition préalable entre les deux infractions. Au contraire, c'est cette complémentarité même qui est à l'origine de ces disparités. En effet, en délestant l'infraction de communication d'une information privilégiée de la condition de réalisation d'une opération boursière, le législateur fait preuve d'une plus grande sévérité. Il n'est donc absolument pas surprenant que celui-ci ait souhaité en circonscrire l'application, en la réservant pour un certain type d'agissements et une certaine catégorie de personnes¹⁸⁵. Concernant les agissements condamnables, d'une part, le législateur a sélectionné, parmi tous les moyens permettant de réaliser une opération boursière, celui qu'il considérait le plus fréquent et le plus efficace pour faciliter une telle opération, donc qu'il estime le plus dangereux. C'est la raison pour laquelle l'alinéa 2 n'incrimine pas un comportement identique au

de réaliser une opération boursière. Pour d'autres, l'incrimination est venue pallier l'exclusion du recel. En effet, lorsqu'un initié communiquait une information privilégiée à un tiers, qui réalisait une opération boursière grâce à celle-ci, le tiers ne pouvait pas être poursuivi sur le fondement du recel de délit d'initié, soit faute d'objet, une information étant une chose immatérielle, soit faute d'infraction principale punissable, la communication d'une information privilégiée n'étant pas une infraction : BOULOC, « Remarques sur l'élément matériel du recel », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 364 ; LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, 8^e éd., 1992, p. 196, note 5. Cependant, l'article 321-1 alinéa 2 du Code pénal réprime le recel profit, donc le recel d'une chose immatérielle en général, et l'article L. 465-1 alinéa 3 du Code monétaire et financier sanctionne les bénéficiaires, donc le recel d'un délit d'initié en particulier. Si l'infraction prévue au deuxième alinéa de l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier subsiste malgré tout, c'est que la raison de son élaboration ne se trouve pas dans l'un de ces arguments, tirés de la tentative ou du recel.

¹⁸⁵. Le législateur a même diminué le quantum de la peine encourue. L'infraction formelle est punie d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende, alors que l'infraction matérielle est punie de deux ans d'emprisonnement et de 1 500 000 euros d'amende.

comportement réprimé par l'alinéa 1¹⁸⁶, mais un comportement spécifique de ce dernier. Concernant les personnes punissables, d'autre part, le législateur a sélectionné, parmi tous les initiés susceptibles de détenir une information privilégiée, ceux qui en ont connaissance dans le contexte précis de leur fonction ou de leur profession, donc qu'il estime les plus blâmables. C'est la raison pour laquelle l'alinéa 2 n'appréhende pas la totalité des initiés énumérés à l'alinéa 1, mais une catégorie de des derniers.

La complémentarité entre le fait de communiquer une information privilégiée et le fait de permettre de réaliser une opération boursière a même trouvé une manifestation récente à travers la loi du 26 juillet 2013¹⁸⁷, qui prévoit la tentative du délit d'initié. L'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier réprime désormais le fait « *de réaliser, de tenter de réaliser ou de permettre de réaliser* ». En intercalant le verbe « tenter » entre le fait de réaliser et le fait de permettre de réaliser, le législateur a prévu la tentative pour le premier, mais a exclu celle-ci pour le second¹⁸⁸. Une telle différence de traitement, de prime abord surprenante, est en réalité cohérente. Si la tentative de cette infraction matérielle n'est pas punissable, c'est tout simplement qu'elle n'est pas nécessaire. En effet, la tentative d'une infraction matérielle permet de faire jouer la répression lorsque le comportement s'est produit, mais que le résultat a échoué. La réalisation du comportement caractérise le commencement d'exécution, et la non-apparition du résultat correspond à une absence de désistement volontaire¹⁸⁹. Cependant, il existe un autre moyen de réprimer un comportement indépendamment du résultat, créer une infraction formelle à partir d'une infraction matérielle. Or, le fait de permettre de réaliser une opération boursière prévu à l'alinéa 1, infraction par hypothèse matérielle, connaît une déclinaison formelle visée à l'alinéa 2, à travers le fait de communiquer une information privilégiée. En d'autres termes, lorsque le moyen employé pour permettre de réaliser une opération boursière, le plus souvent la communication d'une information privilégiée, n'aboutit pas à la réalisation d'une telle opération, et ne permet pas la répression sur le fondement du premier alinéa, celle-ci peut tout de même intervenir sur le fondement du deuxième alinéa. Par conséquent, il est

¹⁸⁶. Le plus souvent, le comportement réprimé par une infraction formelle est exactement le même que celui incriminé au titre de l'infraction matérielle dont elle vient pallier la lourdeur, l'infraction formelle n'étant rien d'autre que la reprise du comportement de l'infraction matérielle, amputée de son résultat. Sur ce point : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 224, n° 207.

¹⁸⁷. L. n° 2013-672, 26 juill. 2013, *JO* 27 juill.

¹⁸⁸. Lorsqu'il prévoit la tentative de façon globale, le législateur insère un alinéa supplémentaire en fin d'article ou un nouvel article en fin de section, qui dispose que « *la tentative des infractions prévues par [le présent article ou la présente section] est punie des mêmes peines* ».

inutile de prévoir la tentative de cette infraction matérielle afin de réprimer à travers un commencement d'exécution un comportement qui peut déjà l'être au titre d'une infraction formelle. Si la loi du 26 juillet 2013 avait instauré la tentative du fait de permettre de réaliser une opération boursière, l'infraction matérielle tentée du premier alinéa aurait alors fait doublon avec l'infraction formelle consommée du deuxième alinéa¹⁹⁰.

Complémentaires de par leur différence au regard du résultat, le fait de communiquer une infraction privilégiée et le fait de permettre de réaliser une opération boursière comportent des ressemblances à travers leur champ d'application *materiae* et *personae*, ce qui impose de se pencher sur l'articulation entre ces deux infractions.

B – L'application alternative

81.- Une infraction formelle peut revêtir deux configurations possibles. Dans tous les cas, elle se consomme par le seul comportement, mais selon le cas, le résultat est indifférent à la consommation, ou un obstacle à celle-ci. De la configuration de l'infraction formelle dépend son articulation avec une infraction matérielle. Il existe donc deux combinaisons possibles à l'application respective du fait de permettre de réaliser une opération boursière et du fait de communiquer une information privilégiée, selon que, dans cette dernière infraction formelle, l'absence du résultat est une exigence (1), ou indifférente (2).

1 – L'infraction formelle exigeant l'absence de résultat

82.- Parfois, dans une infraction formelle, l'absence de résultat est une nécessité, celui-ci devant être absent. Le fait que l'infraction formelle se consomme par le seul comportement signifie alors qu'un comportement doit être exécuté, mais que le comportement ne doit engendrer aucun résultat.

¹⁸⁹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 286, n° 274.

¹⁹⁰. A l'inverse, la tentative du fait de réaliser une opération boursière trouve, non seulement toute sa place en termes de commencement d'exécution, mais également tout son intérêt en termes de répression, cette infraction matérielle ne connaissant pas de déclinaison formelle.

Il est ainsi dans la mise en danger délibérée d'autrui (*C. pén.*, art. 223-1), la qualification s'appliquant lorsque la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité expose potentiellement une victime à un risque de mutilation ou d'infirmité permanente, mais pas lorsqu'une telle violation entraîne réellement une mutilation ou une infirmité permanente. Dans l'hypothèse où la faute délibérée cause une mutilation ou une infirmité permanente, donc si le comportement engendre un résultat, la qualification retenue est celle d'homicide ou de blessures involontaires (*C. pén.*, art. 221-6, al. 2 ; 222-19, al. 2 ; 222-20)¹⁹¹. Par conséquent, le même comportement, selon qu'il entraîne ou non un résultat, relève d'une infraction matérielle ou formelle.

Si le fait de communiquer une information privilégiée est une infraction formelle exigeant l'absence de résultat, la communication d'une information privilégiée revêt une qualification différente, selon que la communication d'une information privilégiée débouche ou non sur la réalisation d'une opération boursière. Soit la communication n'entraîne pas la réalisation d'une opération boursière, et alors elle caractérise le fait de communiquer une information privilégiée de l'infraction formelle visée par l'article L. 465-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier. Soit la communication engendre la réalisation d'une opération boursière, et alors elle constitue le fait de permettre de réaliser une opération boursière de l'infraction matérielle prévue à l'article L. 465-1 alinéa 1 du même code. Par conséquent, l'articulation entre le fait de permettre de réaliser une opération boursière et le fait de communiquer une information privilégiée, dépend de la survenance ou non d'une opération boursière consécutivement à la communication d'une information privilégiée. La qualification du même comportement en infraction formelle ou matérielle est donc subordonnée à l'absence ou l'existence d'un résultat.

2 – L'infraction formelle ignorant l'absence de résultat

83.- Souvent, dans une infraction formelle, l'absence de résultat est une possibilité, celui-ci pouvant être absent comme présent. Le fait que l'infraction formelle

¹⁹¹. Plus exactement, la qualification retenue est celle d'homicide ou de blessures involontaires aggravés, la faute délibérée étant une circonstance aggravante de l'homicide ou des blessures involontaires. Par conséquent, le résultat modifie la qualification, qui passe de mise en danger délibéré d'autrui à homicide

se consomme par le seul comportement signifie cette fois qu'un comportement doit être exécuté, mais peu importe que le comportement engendre ou non un résultat.

Il en est ainsi dans l'empoisonnement (*C. pén.*, art. 221-5), la qualification s'appliquant, que l'administration de substances mortifères entraîne effectivement la mort, ou ne l'entraîne finalement pas.

Si le fait de communiquer une information privilégiée est une infraction formelle indifférente à l'absence de résultat, la communication d'une information privilégiée renvoie à une qualification identique, que la communication d'une information privilégiée débouche ou non sur la réalisation d'une opération boursière. Dans les deux cas, elle caractérise le fait de communiquer une information privilégiée de l'infraction formelle visée par l'article L. 465-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier. Le fait de permettre de réaliser une opération boursière de l'infraction matérielle prévue à l'article L. 465-1 alinéa 1 du même Code, quant à lui, est constitué par tout moyen quelconque, autre que la communication d'une information privilégiée, qui entraîne la réalisation d'une opération boursière¹⁹². Par conséquent, l'articulation entre le fait de permettre de réaliser une opération boursière et le fait de communiquer une information privilégiée, dépend de la nature du moyen employé¹⁹³. Soit le moyen est tout, sauf la communication d'une information privilégiée, et il relève de l'alinéa 1, à la condition d'aboutir à la réalisation d'une opération boursière. Soit le moyen consiste en la communication d'une information privilégiée, et il relève de l'alinéa 2, qu'il débouche ou pas sur la réalisation d'une opération boursière. La qualification est donc subordonnée à la modalité d'exécution du comportement.

84.- Quelle que soit la façon dont les deux infractions se combinent, la coexistence entre les deux trouve sa cohérence dans la différence de structure de chacune, formelle pour le fait de communiquer une information privilégiée, matérielle pour le fait de permettre de réaliser une opération boursière.

Infraction matérielle, le fait de permettre de réaliser une opération boursière exige donc la réalisation d'une opération boursière au titre de sa consommation.

ou blessures involontaires, et la faute délibérée augmente la sanction, entre homicide ou blessures involontaires et homicide ou blessures involontaires aggravés.

¹⁹². Si le moyen n'engendre aucun résultat, il n'y a pas d'infraction.

¹⁹³. En ce sens : CONTE, *Juris-Classeur Pénal des affaires*, Fasc. 20, Bourses, n° 33. Cependant, l'auteur semble considérer que les deux infractions sont formelles.

Cependant, si la question de l'existence d'une opération boursière est réglée, demeure néanmoins celle de sa consistance. Une fois acquis que la réalisation d'une opération boursière constitue une composante du délit d'initié pris dans sa seconde version (permettre de réaliser une opération), reste à établir de quoi se compose une telle opération. La réponse est fournie par le délit d'initié pris dans sa première version (réaliser une opération), la réalisation d'une opération boursière comprend, non seulement la passation d'un ordre boursier, mais également l'exécution de celui-ci¹⁹⁴.

Par conséquent, le fait de permettre de réaliser une opération boursière nécessite deux composantes au titre de son élément matériel, un comportement consistant en la fourniture d'un moyen¹⁹⁵ par l'initié, et un résultat consistant en la passation et l'exécution d'un ordre boursier par un tiers.

85.- Le débat consistant à déterminer si la réalisation d'une opération boursière comprend la passation, avec ou sans l'exécution d'un ordre boursier, et les conséquences que cela implique concernant les infractions dont elle incarne une condition, peut sembler dépassé. En effet, avec le progrès informatique, l'exécution succède presque instantanément à la passation¹⁹⁶. Par conséquent, l'enjeu en termes de consommation de l'infraction est important sur le plan juridique, la composition de la consommation étant très différente, mais celui-ci est amoindri sur le plan chronologique, le moment de la consommation étant presque identique. Cependant, si la passation et l'exécution d'un ordre boursier sont proches dans le temps, cela ne les empêche pas d'être loin dans l'espace, particulièrement depuis le progrès informatique et la dématérialisation des marchés boursiers, qui permettent de passer un ordre boursier à un endroit, et de le faire exécuter à l'autre bout du monde en quelques secondes. Par conséquent, la question de savoir si le délit d'initié se consomme, soit par la passation d'un ordre boursier, soit par

¹⁹⁴. Composante des deux versions du délit d'initié incriminé à l'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier, la réalisation d'une opération boursière contient et incarne à la fois un résultat. Dans le fait de réaliser une opération boursière, la réalisation d'une opération boursière constitue l'élément matériel à elle seule. Or, l'élément matériel de l'infraction exige un comportement, la passation d'un ordre boursier, et un résultat, l'exécution de celui-ci. Par conséquent, la réalisation d'une opération boursière contient le résultat. Dans le fait de permettre de réaliser une opération boursière, la réalisation d'une opération boursière représente la conséquence du comportement, donc la réalisation d'une opération boursière incarne le résultat.

¹⁹⁵. La communication d'une information privilégiée ou tout autre procédé que celle-ci, selon l'articulation retenue entre les deux alinéas de l'article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier.

¹⁹⁶. DUCOULOUX-FAVARD, « La marche du temps réel en bourse », *Bull. Joly Bourse* 2001, p. 222 ; RUET, « La réglementation de l'utilisation d'Internet dans la passation des ordres de bourse », *Dr. sociétés* 2000, p. 6.

l'exécution de celui-ci, conserve toute son acuité au regard des conflits de juridictions et de législations dans l'espace. A ce titre, les décisions relatives à la localisation du délit d'initié dans l'espace attestent que l'infraction, quelle que soit sa forme, exige la réalisation d'une opération boursière, et qu'une telle opération comprend à la fois la passation et l'exécution d'un ordre boursier.

Section II – La référence au résultat dans la localisation

86.- Discutée au titre de la consommation du délit d'initié, l'exécution d'un ordre boursier semble au contraire intégrée dans sa localisation. Il existe donc un paradoxe, au sein de cette même infraction, entre la consommation et la localisation, la première étant présentée comme indépendante de l'exécution d'un ordre boursier, alors que la seconde fait référence à celle-ci. En effet, lorsqu'elle est réalisée à l'étranger, l'exécution de l'ordre boursier n'est pas mise de côté, mais prise en compte pour situer le délit d'initié dans l'espace, si bien que l'exécution d'un ordre boursier s'impose comme une composante intégrante de l'infraction. La motivation des arrêts portant sur la localisation du délit d'initié est riche d'enseignements (§ I), mais aussi source d'inconvénients (§ II).

I – Les enseignements de la motivation

87.- A l'heure actuelle, l'ensemble des décisions relatives à la localisation du délit d'initié ont été rendues à l'occasion d'une seule et même affaire, le scandale Péchiney-Triangle¹⁹⁷. En 1988, la Société française Péchiney souhaite faire entrer la

¹⁹⁷. Paris, 12 juill. 1989, *JCP E* 1990, II, 15824, Reinhard, Dana-Démaret et Serras, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 758 et 669, Gautier, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 84, Viandier et Jeantin, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 355, Giudicelli-Delage ; *Crim.*, 3 nov. 1992, n° 92-84.745, *Bull. crim.* n° 352, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 152, Jeantin, *D.* 1993, p. 120, Ducouloux-Favard, *Dr. pén.* 1993, comm. 87, Robert, *Dr. sociétés* 1993, comm. 82, Hovasse, *JCP E* 1993, I, 3652, Viandier et Caussain, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 787, Giudicelli-Delage, *Rev. sociétés* 1993, p. 436, Jeandidier, *RTD com.* 1993, p. 534, Reinhard ; T. corr. Paris, 29 sept. 1993, *Petites Affiches* 5 nov. 1993, n° 133, Ducouloux-Favard ; Paris, 6 juill. 1994, *Bull. Joly Bourse* 1994, p. 583, Jeantin, *Petites Affiches* 16 nov. 1994, n° 137, Ducouloux-Favard, *RJDA* 1994, p. 855, Rinczaux ; *Crim.*, 26 oct. 1995, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Bouloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Bouloc ; *Crim.*, 30 avr. 1998, n° 97-82.580, inédit.

Société américaine Triangle dans le groupe Péchiney. La Société Péchiney procède en deux temps, elle commence par racheter la participation majoritaire détenue par les dirigeants de la Société Triangle, puis elle lance une offre publique d'achat pour acquérir l'ensemble des titres Triangle restants détenus par le public. Cependant, quelques jours avant l'annonce officielle de l'offre publique d'achat, le marché new yorkais révèle des mouvements suspects sur les titres Triangle. De nombreuses actions Triangle sont achetées puis revendues, générant ainsi d'énormes plus-values. A compter de là, les événements vont s'enchaîner. La Securities and Exchange Commission informe la Commission des Opérations de Bourse¹⁹⁸, qui saisit le parquet de Paris¹⁹⁹, qui ouvre une information judiciaire, qui débouche sur un procès, qui aboutit à plusieurs condamnations du chef de délit d'initié, soit pour avoir réalisé une opération boursière, soit pour avoir permis de réaliser une telle opération²⁰⁰.

Les opérations boursières litigieuses ayant été effectuées sur le marché américain, la question de la compétence des juridictions pénales françaises a inévitablement été soulevée. Ces dernières se sont déclarées compétentes, considérant que, certes, les opérations boursières ont été réalisées sur le marché de New York, mais que le délit d'initié peut néanmoins être localisé sur le territoire de la République. Si la solution n'est pas surprenante concernant la localisation du délit d'initié, pour retenir la compétence des juridictions nationales, en revanche elle est intéressante concernant la consommation de ce dernier, pour renseigner sur la consistance de l'élément matériel. La consommation matérielle du délit d'initié est révélée par la localisation internationale de celui-ci à travers les arguments (A), et le fondement (B) des arrêts.

A – La modulation des arguments

88.- La compétence territoriale renferme un enjeu tellement stratégique, son absence mettant immédiatement et définitivement un terme aux poursuites par la juridiction saisie, que l'exception d'irrecevabilité tirée de l'incompétence des juridictions pénales françaises a été invoquée à tous les stades de la procédure. Les juridictions pénales françaises ont donc eu à justifier de leur compétence à deux

¹⁹⁸. La Commission des Opérations de Bourse est devenue l'Autorité des Marchés Financiers.

¹⁹⁹. Les juridictions parisiennes détiennent une compétence exclusive en matière d'infractions boursières.

reprises, lors de l’instruction, puis lors du jugement. A chaque stade, la Cour de cassation a retenu la compétence des juridictions nationales, au motif que la passation des ordres boursiers avait été effectuée depuis la France. Cependant, d’une décision à l’autre, la formulation de l’argument a évolué, et si le premier arrêt entretient la confusion, en revanche le second apporte une précision laissant comprendre que la réalisation d’une opération boursière englobe, non seulement la passation d’un ordre boursier, mais également l’exécution de celui-ci.

Dans la décision du 3 novembre 1992²⁰¹, rendue au stade de l’instruction, la Cour de cassation considère que l’opération boursière constitutive du délit d’initié peut être localisée sur le territoire de la République, au motif que les ordres d’achat ont été donnés en France, et « *qu’il importe peu que l’opération ait été réalisée sur une place étrangère* ». Par une telle formule, la Cour de cassation exprime l’indifférence attachée à l’élément d’extranéité du délit d’initié. La réalisation de l’opération boursière sur une place étrangère peut faire référence à l’exécution de l’ordre boursier. En effet, en l’espèce, les ordres d’achat ne sont pas limités à la passation depuis Paris, mais ont fait l’objet d’une exécution sur le marché de New York. Si la Cour de cassation, à travers la réalisation d’une opération sur une place étrangère, renvoie à la liquidation des ordres boursiers sur le marché new yorkais, c’est donc que l’exécution d’un ordre boursier constitue une partie intégrante de la réalisation d’une opération boursière. Dans cette hypothèse, la réalisation d’une opération boursière en général se compose, non seulement de la passation d’un ordre boursier, mais également de l’exécution de celui-ci, et l’extranéité de l’opération dans l’affaire Péchiney-Triangle tient à son résultat, l’exécution des ordres boursiers à l’étranger. Cependant, la réalisation de l’opération boursière sur une place étrangère peut tout aussi bien faire référence à la passation des ordres boursiers. En effet, en l’espèce, les ordres d’achat sont effectués depuis la France, mais destinés à un marché étranger, dans la mesure où ils ont pour objet les actions d’une société quottée sur le marché américain. Dans cette hypothèse, la réalisation d’une opération boursière en général se compose uniquement de la passation d’un ordre

²⁰⁰. Les développements se concentrent uniquement sur les condamnations du chef de délit d’initié, compte tenu de l’objet de la démonstration, mais d’autres condamnations ont également été prononcées sur le fondement du recel de délit d’initié.

²⁰¹. Crim., 3 nov. 1992, n° 92-84.745, *Bull. crim.* n° 352, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 152, Jeantin, *D.* 1993, p. 120, Ducouloux-Favard, *Dr. pén.* 1993, comm. 87, Robert, *Dr. sociétés* 1993, comm. 82,

boursier, et l'extranéité de l'opération dans l'affaire Péchiney-Triangle tient à sa condition préalable, le marché boursier étranger sur lequel porte la passation. La formulation équivoque employée par la Cour de cassation ne permet pas d'affirmer catégoriquement que la solution relative à la localisation du délit d'initié révèle la structure matérielle de l'infraction. Cependant, l'évolution de la terminologie utilisée par la Haute juridiction fait disparaître toute hésitation.

Dans la décision du 26 octobre 1995²⁰², rendue au stade du jugement, la Cour de cassation considère cette fois que l'opération boursière constitutive du délit d'initié peut être localisée sur le territoire de la République, au motif que les ordres d'achat ont été donnés en France, « *même si l'opération a été parachevée sur une place étrangère* ». Par cette formule, la Cour de cassation exprime aussi l'indifférence attachée à l'élément d'extranéité du délit d'initié. Cependant, alors que la « réalisation » de l'opération boursière utilisée dans l'arrêt précédant pouvait faire allusion à la passation comme à l'exécution de l'ordre boursier, le « parachèvement » de l'opération boursière employé dans le présent arrêt ne peut faire référence qu'à l'exécution de l'ordre boursier, et non à la passation de celui-ci. En effet, le verbe parachever signifie « *conduire au dernier point de perfection* »²⁰³. Le parachèvement d'une chose, ici une opération boursière, renvoie donc à la finition de celle-ci, ce qui implique de distinguer deux phases, le commencement et l'achèvement. Ces deux phases se retrouvent aisément dans une opération boursière entendue comme la passation et l'exécution d'un ordre boursier, la passation et l'exécution consistant respectivement au début et à la fin de l'opération. A l'inverse, il est impossible d'identifier ces deux phases dans une opération boursière cantonnée à la seule passation d'un ordre boursier, dans la mesure où début et fin se confondent à l'intérieur de cette même action. Par conséquent, le changement de formulation dans la motivation de la Cour de cassation, qui passe de la réalisation au parachèvement de l'opération boursière, invite sérieusement à penser que la Haute juridiction conçoit une opération boursière comme la réunion de deux composantes, non seulement la passation d'un ordre boursier, mais également l'exécution de celui-ci.

Hovasse, *JCP E* 1993, I, 3652, Viandier et Caussain, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 787, Giudicelli-Delage, *Rev. sociétés* 1993, p. 436, Jeandidier, *RTD com.* 1993, p. 534, Reinhard.

²⁰². Crim. 26 oct. 1995, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Bouloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Bouloc.

Une telle conclusion part du postulat selon lequel la Cour de cassation détient une fonction purement juridique, qui n'implique pas de s'adonner à des effets linguistiques. Partant de là, la signification de chaque terme revêt son importance, particulièrement dans les attendus lapidaires de la Haute juridiction, dont les arrêts Péchiney-Triangle fournissent une parfaite illustration, dans lesquels la solution n'est pas délivrée par le nombre de mots mais à travers le sens de ces derniers. C'est la raison pour laquelle, lorsque la Cour de cassation préfère parler d'opération boursière parachevée plutôt que réalisée, il ne faut pas voir dans ce changement de formulation une simple diversification de vocabulaire, mais une véritable indication sur la composition de l'opération boursière constitutive du délit d'initié. La conception matérielle du délit d'initié, déduite à partir d'un argument terminologique, est accréditée par le fondement textuel choisi par la Haute juridiction.

B – La connotation du fondement

89.- Si les arrêts de la Cour de cassation, rendus en 1992 et 1995, recourent à une formulation différente, en revanche, ils retiennent une solution identique, le délit d'initié est réalisé sur le territoire de la République, au motif que la passation des ordres boursiers est effectuée depuis la France. De prime abord, les décisions relatives à la localisation du délit d'initié signifient que la réalisation d'une opération boursière se limite à la passation d'un ordre boursier. Cependant, le fondement sur lequel repose les décisions indique le contraire.

Si la réalisation d'une opération boursière consiste uniquement en la passation d'un ordre boursier, lorsque la passation d'un tel ordre se produit en France, le délit d'initié dans son entier a lieu sur le territoire de la République, de sorte que la localisation doit reposer sur le principe de territorialité exposé à l'article 3 du Code civil à l'époque des faits, réaffirmé à l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal à l'heure actuelle. Or, dans l'affaire Péchiney-Triangle, la localisation du délit d'initié repose, non pas sur le principe de territorialité, mais sur l'extension du principe de territorialité visé par l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, devenu l'actuel article 113-2 alinéa 2

²⁰³. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2009, v° Parachever.

du Code pénal²⁰⁴. Juridiquement, le recours à l'extension de territorialité signifie que le délit d'initié n'est pas commis, mais « réputé » commis sur le territoire de la République. Concrètement, c'est donc que le délit d'initié est réalisé en France, non pas en totalité, mais en partie.

Si la localisation en France d'une opération boursière n'est que partielle malgré la passation des ordres boursiers sur le territoire de la République, c'est donc que la réalisation d'une opération boursière requiert non seulement la passation d'un ordre boursier, mais exige également une autre composante. En effet, le recours à l'extension de territorialité signifie qu'un des éléments du délit d'initié s'est produit à l'étranger, reste à déterminer lequel. Deux explications sont possibles, mais seule une est juridiquement admissible. A travers l'extension de territorialité, la Cour de cassation ne fait pas référence à la condition préalable du délit d'initié (1), mais au résultat de celui-ci (2).

1 – L'interférence de la condition préalable

90.- L'article L. 465-1 du Code monétaire et financier subordonne le délit d'initié à plusieurs conditions préalables, qui tiennent à la qualité de l'auteur, au caractère de l'information, et au moment où le public prend connaissance de celle-ci. Cependant, à l'époque des faits de l'affaire Péchiney-Triangle, le délit d'initié incriminé par l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967²⁰⁵ prévoyait déjà ces trois conditions préalables, mais exigeait en outre une condition préalable supplémentaire imposant que l'opération boursière soit réalisée sur « *le marché* ».

²⁰⁴. Avant la réforme du Code pénal en 1994, les règles relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace étaient disséminées entre plusieurs codes, raison pour laquelle le principe de territorialité était prévu à l'article 3 du Code civil, et l'extension du principe de territorialité à l'article 693 du Code de procédure pénale. Avec la réforme, l'ensemble de ces règles a été regroupé dans le Code pénal, aux articles 113-1 et suivants. L'article 3 du Code civil est transposé à l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal, et l'article 693 du Code de procédure pénale est devenu l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. D'un code à l'autre, la rédaction des articles a changé, mais ce changement est sans incidence sur l'interprétation de ces derniers. La Cour de cassation n'a pas manqué de rappeler dans ses premières décisions suivant la réforme, notamment dans l'arrêt du 26 octobre 1995 de l'affaire Péchiney Triangle, énonçant que les dispositions de l'article 693 du Code de procédure pénale étaient reprises dans l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal : Crim. 26 oct. 1995, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Bouloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Bouloc.

²⁰⁵. Ord. n° 67-833, 28 sept. 1967, *JO* 29 sept.

Une telle condition préalable a suscité de nombreuses interrogations, et notamment celle de la localisation géographique du marché, doit-il obligatoirement être français, ou peut-il éventuellement être étranger ? Selon la réponse, les répercussions en termes de localisation diffèrent sensiblement. Cependant, que le marché en cause soit limité au marché français ou pas, aucune de ces interprétations ne peut être à l'origine de la localisation sur le fondement de l'extension de territorialité dans l'affaire Péchiney-Triangle.

91.- Selon une première hypothèse, le marché visé par la condition préalable du délit d'initié doit être entendu comme un marché français. C'était l'interprétation retenue par la doctrine lors de la création du délit d'initié. La loi du 23 décembre 1970²⁰⁶ posait alors la condition préalable de « *marché boursier* », et à l'époque la bourse était définie géographiquement, pour correspondre à l'ensemble des sept places implantées en France²⁰⁷. Une telle interprétation était encore soutenue par les pourvois lors de l'affaire Péchiney-Triangle. Les demandeurs ne pouvaient plus se fonder sur la lettre du texte, la loi du 22 janvier 1988²⁰⁸ ayant supprimé l'adjectif « boursier ». Cependant, ces derniers invoquaient l'esprit du texte : la mission du législateur est limitée à la protection de l'ordre public français, donc le champ d'application des infractions boursières qu'il a édictée est circonscrit au marché français. Partant de là, l'opération boursière ayant été réalisée sur le marché new yorkais, la condition préalable de marché français n'était pas remplie, donc aucun délit d'initié n'avait pu être commis.

L'interprétation selon laquelle la condition préalable du délit d'initié doit consister en un marché français n'a pas convaincu la Cour de cassation. Dans le cas contraire, en l'absence de condition préalable, donc d'infraction punissable, la Haute juridiction aurait conclu que la loi pénale française était inapplicable, donc la compétence des juridictions nationales impossible, conformément au principe de solidarité des compétences législative et judiciaire, qui subordonne la compétence du juge répressif à l'applicabilité de la loi pénale²⁰⁹. Si la Cour de cassation avait considéré que le délit d'initié était subordonné à la condition préalable d'un marché français, en présence d'un marché étranger, donc d'une condition préalable non remplie, elle ne se

²⁰⁶. L. n° 70-1208, 23 déc. 1970, *JO* 24 déc.

²⁰⁷. DUCOULOUX-FAVARD, *Juris-Classeur Société*, Fasc. 1600, Infractions boursières, n° 41.

²⁰⁸. L. n° 88-70, 22 janv. 1988, *JO* 23 janv.

²⁰⁹. *Supra*, note 13.

serait pas déclarée compétente sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, mais aurait purement et simplement refusé d'examiner sa compétence, sur quelque fondement que ce soit. Par conséquent, l'élément d'extranéité du délit d'initié retenu dans l'affaire Péchiney-Triangle ne trouve pas son explication dans cette première hypothèse.

92.- Selon une seconde hypothèse, le marché visé par la condition préalable du délit d'initié peut être entendu comme un marché français ou étranger. C'est l'interprétation retenue par la jurisprudence lors de l'affaire Péchiney-Triangle, la Cour de cassation ayant rejeté les pourvois limitant la condition préalable au marché français, comme cela vient d'être dit. Dès lors, l'opération boursière ayant été réalisée sur le marché new yorkais, la condition préalable de marché est bien remplie, mais à l'étranger.

L'existence de la condition préalable a permis à la Cour de cassation de procéder à la caractérisation du délit d'initié. La condition préalable remplie, la Haute juridiction a pu examiner si les éléments constitutifs étaient réunis. Mais la circonstance que la condition préalable est remplie à l'étranger n'a en aucun cas influencé la Cour de cassation dans la localisation du délit d'initié. En effet, la condition préalable est classiquement définie comme le contexte d'apparition de l'infraction, c'est-à-dire la situation sans laquelle les éléments constitutifs ne peuvent pas se développer²¹⁰. Par conséquent, la condition préalable précède l'infraction, mais n'en fait pas partie. La différence entre la condition préalable et les éléments constitutifs se traduit juridiquement par l'indifférence attachée à celle-ci dans la mise en œuvre des principes applicables à l'infraction. Les illustrations sont nombreuses, parmi lesquelles figure la localisation de l'infraction. Parce qu'elle se situe hors de l'infraction, la condition préalable n'est pas prise en compte dans la détermination du lieu de l'infraction. Ainsi, lorsqu'elle est remplie en France, la condition préalable ne peut pas constituer un critère de rattachement de l'infraction, et lorsqu'elle est remplie à l'étranger, la condition préalable ne peut pas plus constituer un élément d'extranéité de l'infraction. Si, par opportunisme répressif, la jurisprudence intègre désormais la condition préalable remplie en France pour multiplier les hypothèses de localisation sur le territoire de la République, en revanche, pour la même raison, elle ignore toujours la condition

²¹⁰. Sur la définition : *infra*, n° 224.

préalable remplie à l'étranger pour évacuer les obstacles à la localisation sur le sol national²¹¹. A supposer que le délit d'initié soit subordonné à la condition préalable d'un marché, qu'il soit français ou étranger, en présence d'un marché étranger, donc d'une condition préalable remplie, la Cour de cassation aurait purement et simplement balayé la circonstance que la condition préalable est réalisée à l'étranger, et aurait fait jouer, non pas l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, mais l'article 113-2 alinéa 1 du même code. Par conséquent, l'élément d'extranéité du délit d'initié retenu dans l'affaire Péchiney-Triangle ne trouve pas non plus son explication dans cette seconde hypothèse. Et pour cause, l'élément d'extranéité de l'infraction ne tient pas à sa condition préalable, mais à son résultat.

2 – La renaissance du résultat

93.- Si le recours à l'extension de territorialité contenue à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal ne se justifie pas par le fait que le marché concerné est new yorkais, c'est qu'il s'explique par le fait que l'exécution des ordres boursiers a lieu sur ce marché étranger, seule autre circonstance de l'espèce à s'être produite hors de France.

Que la localisation du délit d'initié repose sur le fondement du principe de territorialité (*C. pén.*, art. 113-2, al. 1) ou l'extension de celui-ci (*C. pén.*, art. 113-2, al. 2), l'étendue de la compétence des juridictions à l'égard de l'infraction est la identique²¹², mais la consistance de l'élément matériel de l'infraction est différente. Dans le premier cas, c'est que la passation d'un ordre boursier suffit à consommer le délit d'initié, donc que l'infraction comporte une seule composante, la passation d'un ordre boursier. Dans le second cas, c'est que la passation d'un ordre boursier ne suffit pas à consommer le délit d'initié, donc que l'infraction comprend deux composantes, la passation et l'exécution d'un ordre boursier. En fondant sa décision sur l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, c'est cette dernière hypothèse qu'a retenue la Cour de cassation²¹³.

²¹¹. Sur la localisation : *infra*, n° 248.

²¹². Le but de la fiction territoriale est justement de faire produire un effet juridique identique à deux situations de faits différentes.

²¹³. En ce sens : GIUDICELLI-DELAGE, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 355, ss. Paris, 12 juill. 1989 ; JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaire ou la prédilection pour l'inconsistance », *Mélanges Gassin*, PUAM, 2007, p. 246, n° 3 ; JEANDIDIER, *Rev. sociétés* 1993, p. 436, ss. *Crim.*, 3 nov. 1992 ; LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, 3^e éd., 2013, p. 379, n° 951.

La solution vaut aussi bien pour le fait de réaliser une opération boursière que pour le fait de permettre de réaliser une telle opération. Comme cela a été mentionné au début des développements relatifs au délit d'initié, les poursuites diligentées dans l'affaire Péchiney-Triangle visaient les deux formes de l'infraction, soit qu'une personne se voyait reprocher d'avoir réalisé une opération boursière et une autre d'avoir permis de réaliser une telle opération, soit que la même personne se voyait reprocher d'avoir réalisé et permis de réaliser une opération boursière. La Cour de cassation, en rendant une solution unique à propos de l'ensemble des pourvois formés, s'est donc prononcée à la fois pour le fait de réaliser une opération boursière, et le fait de permettre de réaliser une telle opération. Par conséquent, en localisant le délit d'initié, pris en ses deux formes, au moyen de l'extension de territorialité, c'est que le fait de réaliser une opération boursière, comme le fait de permettre de réaliser une opération boursière, nécessite l'exécution d'un ordre boursier au titre de sa consommation. Il en résulte donc que le fait de réaliser une opération boursière exige à la fois la passation et l'exécution d'un ordre boursier, et que le fait de permettre de réaliser une opération boursière englobe, non seulement la fourniture d'un moyen facilitant une opération boursière, mais également la passation et l'exécution d'un ordre boursier.

94.- Si la localisation révèle que l'exécution d'un ordre boursier est une composante du délit d'initié, en revanche elle ne précise pas laquelle. Deux hypothèses sont envisageables. Première possibilité, l'exécution est un acte qui s'ajoute à la passation, auquel cas le délit d'initié est une infraction complexe et formelle. Complexe, car le comportement se dédouble en deux actes différents, la passation et l'exécution. Formelle, car le résultat est inexistant. Seconde possibilité, l'exécution est un résultat qui découle de la passation, auquel cas le délit d'initié est une infraction simple et matérielle. Simple, car le comportement se résume à un acte, la passation. Matérielle, car un résultat est exigé, l'exécution.

La doctrine comme la jurisprudence n'apportent aucun éclaircissement sur ce point. D'une part, les quelques auteurs analysant le recours à l'extension de territorialité comme l'intégration de l'exécution de l'ordre boursier au titre des composantes du délit d'initié, considèrent que le délit d'initié est une infraction complexe²¹⁴. Cependant, les

²¹⁴. En ce sens : GIACOPELLI et CATELAN, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Délit et manquement boursier, n° 27 ; GIUDICELLI-DELAGE, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 355, ss. Paris, 12 juill. 1989 ; JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaire ou la prédilection pour

développements relatifs à l'escroquerie ont montré que la doctrine retient une conception plus ou moins large de la complexité, le terme pouvant être employé pour désigner une infraction dont le comportement exige deux actes, ou une infraction dont l'élément matériel exige un comportement et un résultat²¹⁵. Par conséquent, la référence à la complexité, sans aucune précision, ne fournit aucune indication précise sur la nature juridique de l'exécution d'un ordre boursier, qui oscille toujours entre second acte du comportement ou résultat. D'autre part, les deux arrêts de 1992²¹⁶ et 1995²¹⁷ n'ont pas recours à la formule type utilisée par la Cour de cassation « *en raison de la nature complexe de l'infraction, il suffit qu'une de ses composantes soit commise sur le territoire de la République* ». Cependant, les nombreuses décisions relatives à la localisation ont montré que l'emploi d'une telle tournure n'est pas systématique, de sorte que sa présence ou son absence dans les attendus de la Cour de cassation n'est nullement significative. De plus, quand bien même la Cour de cassation aurait reproduit la formule dans l'affaire Péchiney-Triangle, la structure du délit d'initié n'en aurait pas été précisée pour autant, dans la mesure où, comme la doctrine, la jurisprudence peut retenir une conception large de la complexité, surtout en matière de localisation²¹⁸, si bien que l'adjectif « *complexe* » désigne aussi bien des infractions composées de plusieurs actes, que des infractions composées d'un acte et un résultat.

La jurisprudence et la doctrine ne s'avérant d'aucun recours pour déterminer si l'exécution doit s'analyser comme un acte du comportement ou comme le résultat du délit d'initié, la qualification de cette composante en acte ou en résultat doit se décider en revenant à la définition de chaque notion. La définition de la complexité proposée par le Professeur André DECOCQ, déjà évoquée à propos des développements relatifs à l'escroquerie²¹⁹, permet de bien distinguer dans quelle mesure la composante qui suit

l'inconsistance », *Mélanges Gassin*, PUAM, 2007, p. 246, n° 3 et *Rev. sociétés* 1993, p. 436, ss. Crim., 3 nov. 1992 ; LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, 3^e éd., 2013, p. 379, n° 951.

²¹⁵. *Supra*, n° 29.

²¹⁶. Crim., 3 nov. 1992, n° 92-84.745, *Bull. crim.* n° 352, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 152, Jeantin, *D.* 1993, p. 120, Ducouloux-Favard, *Dr. pén.* 1993, comm. 87, Robert, *Dr. sociétés* 1993, comm. 82, Hovasse, *JCP E* 1993, I, 3652, Viandier et Caussain, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 787, Giudicelli-Delage, *Rev. sociétés* 1993, p. 436, Jeandidier, *RTD com.* 1993, p. 534, Reinhard.

²¹⁷. Crim. 26 oct. 1995, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Bouloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Bouloc.

²¹⁸. *Infra*, n° 151.

²¹⁹. *Supra*, n° 31.

l'acte du comportement doit être considérée, soit comme le second acte du comportement, soit comme le résultat du comportement. Si la composante apparaît à la suite d'une intervention nouvelle de l'auteur, il s'agit du complément du premier acte, donc la composante représente le second acte du comportement. Dans le cas contraire, si la composante se produit sans aucune intervention de l'auteur, il s'agit d'une conséquence de l'acte, donc la composante symbolise le résultat. La confrontation de l'exécution d'un ordre boursier avec la définition de l'acte caractéristique d'une infraction complexe, d'une part, et du résultat indicatif d'une infraction matérielle, d'autre part, montre que l'exécution ne coïncide pas avec la définition de l'acte, mais qu'en revanche elle correspond à la définition du résultat. L'exécution ne peut pas incarner le second acte du comportement, dans la mesure où elle ne résulte pas d'une nouvelle intervention de l'initié. En effet, une fois qu'il a passé un ordre boursier, l'initié ne procède pas lui-même à son exécution, celle-ci relevant de la compétence des organismes agréés sur les marchés boursiers. Par conséquent, le comportement incriminé au titre du délit d'initié se réduit à un acte, la passation d'un ordre boursier²²⁰. A l'inverse, l'exécution peut tout à fait incarner le résultat de l'élément matériel, dans la mesure où elle n'est autre que la conséquence de la passation. En effet, le lien de causalité existant entre le comportement et le résultat se retrouve entre la passation et l'exécution. La passation d'un ordre boursier ayant pour objet de faire procéder à la liquidation de ce même ordre, la passation précède toujours l'exécution, pour en être la cause déterminante. Dans le sens inverse de la relation, l'exécution succède toujours à la passation, pour en être la conséquence exclusive. Par conséquent, l'élément matériel incriminé au titre du délit d'initié dans sa première forme renferme un acte, la passation d'un ordre boursier, et sa résultante, l'exécution d'un tel ordre. Constitué de deux composantes consistant en un comportement et un résultat, cette première variante du délit d'initié est donc une infraction matérielle.

95.- Tout comme le fait de réaliser une opération boursière, le fait de permettre de réaliser une opération boursière est une infraction matérielle, mais dans une mesure adaptée aux particularités de sa configuration. Dans la seconde forme du délit d'initié, le

²²⁰. Il arrive que l'ordre boursier soit réitéré par l'initié, autrement dit que l'initié procède à deux passations portant sur un même ordre boursier. Dans cette hypothèse, il ne faut pas analyser la réitération comme le second acte du comportement, et donc considérer que le délit d'initié est une infraction complexe. Une seule passation suffit à caractériser le comportement. Le fait qu'il y ait deux passations n'est pas une condition de l'infraction, mais relève des circonstances de réalisation.

comportement consiste en la fourniture d'un moyen facilitant la réalisation d'une opération boursière, et le résultat consiste en la réalisation de l'opération boursière, qui elle-même comprend la passation et l'exécution d'un ordre boursier²²¹. Une telle articulation se vérifie au regard des concepts d'acte et de résultat. D'une part, la réalisation d'une opération boursière ne peut pas incarner le second acte du comportement, dans la mesure où elle ne résulte pas d'une nouvelle intervention de l'initié. En effet, une fois qu'il a fourni à un tiers un moyen facilitant la réalisation d'une opération boursière, c'est ce même tiers qui réalise, ou pas, une opération boursière. D'autre part, la réalisation d'une opération boursière peut tout à fait incarner le résultat de l'élément matériel, dans la mesure où elle n'est autre que la conséquence du moyen procuré par l'initié. En effet, le lien de causalité existant entre le comportement et le résultat se retrouve entre la fourniture du moyen et la réalisation de l'opération boursière. Le moyen devant justement avoir pour but de « *permettre* » la réalisation d'une opération boursière, il est nécessairement la cause de la réalisation de l'opération boursière qu'il aura facilitée. Par conséquent, l'élément matériel incriminé au titre du délit d'initié dans sa seconde forme renferme un acte, la fourniture d'un moyen permettant la réalisation d'une opération boursière, et sa résultante, la réalisation d'une opération boursière, qui elle-même comprend la passation et l'exécution d'un ordre boursier²²². Constitué de deux composantes consistant en un comportement et un résultat, cette seconde variante du délit d'initié est donc une infraction matérielle.

96.- Le délit d'initié, quelle que soit sa forme, se révèle donc être une infraction matérielle à travers les décisions portant sur sa localisation. Il apparaît ainsi une certaine divergence au sein de la jurisprudence, selon que celle-ci se prononce sur la consommation ou la localisation du délit d'initié. Exclue du délit d'initié au titre de la consommation, l'exécution d'un ordre boursier semble au contraire incluse dans l'infraction au stade de la localisation. Une telle contradiction est surprenante, mais surtout dérangeante.

²²¹. La réalisation d'une opération boursière consiste en la passation et l'exécution dans le fait de réaliser une opération boursière, donc recouvre le même contenu dans le fait de permettre de réaliser une opération boursière.

²²². La réalisation d'une opération boursière se retrouve donc dans les deux formes du délit d'initié, avec la particularité de se découper différemment d'une forme à l'autre. Dans le fait de réaliser une opération

II – Les inconvénients de la solution

97.- En prenant le contre-pied des décisions retenues à propos de la consommation du délit d'initié, les arrêts rendus à l'occasion de la localisation de celui-ci sont indéniablement déroutants. Constatant l'incohérence entre la nature formelle classiquement adoptée par la jurisprudence, et la structure matérielle soudainement révélée par l'affaire Péchiney-Triangle, Laurent SAENKO conclut à une « *approche curieuse de la territorialité* »²²³. Le constat est clément. Bien plus qu'une approche curieuse, il s'agit d'une application malheureuse de la territorialité. Quelle que soit la consommation finalement attribuée au délit d'initié, formelle ou matérielle, la localisation de celui-ci est contestable. Dans l'hypothèse formelle, le fondement de la localisation est inutile (1), et dans l'hypothèse matérielle, le critère de localisation est artificiel (2).

A – Un fondement inutile

98.- Si les commentateurs de l'affaire Péchiney-Triangle ne sont pas unanimes sur la signification à donner à l'extension de territorialité, en revanche ils sont tous surpris par l'utilisation d'un tel fondement. L'impasse inexplicitée sur le principe de territorialité (1), semble être due à l'automaticité de l'extension de territorialité (2).

1 – L'oubli énigmatique du principe

99.- Tous les auteurs ayant commenté les arrêts prononcés dans le cadre de l'affaire Péchiney-Triangle ont manifesté leur surprise en découvrant le fondement adopté par la Cour de cassation, mais très peu en ont déduit que l'exécution d'un ordre boursier devenait une composante du délit d'initié, et donc que l'infraction était matérielle. A supposer, comme c'est le cas de la majorité de la doctrine, que la jurisprudence n'ait jamais modifié sa conception du délit d'initié, et qu'elle ait donc

boursière, elle comprend à la fois un comportement et un résultat. Dans le fait de permettre de réaliser une opération boursière, elle caractérise le résultat dans sa globalité, même si ce résultat se dédouble.

²²³. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 442, n° 586.

toujours considéré celui-ci comme une infraction formelle, même dans l'affaire Péchiney-Triangle, le recours à l'extension de territorialité pour rattacher le délit d'initié au territoire de la République est incompréhensible. Entendu comme une infraction formelle, le délit d'initié se consomme par la seule passation d'un ordre boursier, de sorte que lorsque celle-ci est effectuée depuis la France, le délit d'initié devrait donc être considéré comme totalement réalisé sur le territoire de la République, et la compétence des juridictions françaises fondée sur le principe de territorialité prévu à l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal. Le choix du principe de territorialité s'imposait de façon tellement évidente, que la solution optant pour l'extension de territorialité est d'autant plus surprenante. En effet, si les décisions relatives à la localisation des infractions appliquant l'extension de territorialité alors que le rattachement de l'infraction au territoire français est plus artificiel que partiel sont presque habituelles, en revanche celles retenant cette même extension de territorialité lorsque le rattachement de l'infraction au sol national est total sont plus qu'exceptionnelles. Les hypothèses dans lesquelles une infraction n'est pas simplement réputée commise sur le territoire de la République, mais réellement commise sur ce dernier sont tellement rares, qu'il est difficile de concevoir que la jurisprudence passe à côté d'une telle occasion de mettre en œuvre le principe de territorialité.

2 – Le recours systématique à l'extension

100.- L'explication d'une telle impasse sur le principe de territorialité est peut être à rechercher dans l'utilisation excessive de l'extension de territorialité par la jurisprudence, à tel point que ce fondement est devenu un véritable réflexe dans la localisation des infractions. Car la volonté affichée de la jurisprudence de reconnaître la compétence des juridictions françaises ne doit pas occulter le véritable enjeu. Ce que recherche avant tout la jurisprudence, ce n'est pas tant la compétence en elle-même, mais le fondement de celle-ci. Ce fondement n'est autre que la compétence territoriale, seule à permettre une application souveraine de la loi pénale française, dans l'indifférence complète du droit répressif étranger. Cependant, lorsqu'une infraction provoque un conflit de lois et de juridictions, rares sont les hypothèses permettant de considérer que l'infraction est entièrement réalisée en France, donc commise sur le territoire de la République au sens de l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal. La seule

possibilité de retenir la compétence territoriale réside alors dans l'extension de territorialité, raison pour laquelle la jurisprudence s'évertue à démontrer que les infractions sont partiellement réalisées en France, donc réputées commises sur le territoire de la République au sens de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. Par conséquent, le rattachement des infractions au sol national repose tellement souvent, voire presque toujours, sur l'extension de territorialité, qu'il est possible que la jurisprudence soit passée à côté de l'application du principe de territorialité, l'une des rares fois où il se présentait. L'affaire Péchiney-Triangle n'est donc qu'une illustration parmi d'autres du recours symptomatique de la jurisprudence à l'extension de territorialité²²⁴, recours critiquable si elle conserve une acception formelle du délit d'initié, mais recours encore plus condamnable si elle adopte une conception matérielle de l'infraction.

B – Un critère artificiel

101.- Si, à l'instar de quelques auteurs, l'extension de territorialité n'est pas considérée comme un fondement simplement surprenant, mais véritablement éloquent au regard de la consommation, pour dévoiler la structure matérielle du délit d'initié, le recours à un tel fondement n'est pas pertinent pour autant en termes de localisation. En effet, si la jurisprudence considère que le délit d'initié se compose désormais d'un comportement et d'un résultat, résidant respectivement dans la passation et l'exécution d'un ordre boursier, affirmer que l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République, au motif que la passation des ordres boursiers est effectuée depuis la France, revient à localiser une infraction matérielle par son comportement. Paradoxalement, c'est donc un artifice de localisation qui vient éclairer la consommation du délit d'initié. Cependant, les enseignements apportés au profit de la consommation, désormais clarifiée, ne doivent pas minimiser les inconvénients provoqués au détriment de la localisation, encore une fois détournée. Même si elle s'accompagne de la révélation du résultat, la localisation du délit d'initié illustre ni plus ni moins un cas de relégation du résultat, avec toutes les conséquences néfastes que cela engendre, dans la

²²⁴. Pour un exemple d'infraction entièrement réalisée en France, et seulement réputée commise sur le territoire de la République : Trib. corr. Paris, 13 nov. 1998, *Dr. et patr.* 1999, p. 111, Caprioli, *Gaz. Pal.* 2000, 1, p. 697, Manseur-Rivet.

mesure où, comme dans l'escroquerie, les critères de localisation sont inversés, et les repères de la consommation dilués²²⁵.

Conclusion

102.- Infraction matérielle ou infraction formelle, la nature du délit d'initié demeure toujours aussi mystérieuse. La localisation internationale de l'infraction semble encourager la première hypothèse, selon laquelle le délit d'initié renfermerait une structure duale, faite d'un comportement et d'un résultat. Cependant, l'opportunisme affiché de la jurisprudence en matière de localisation entache la solution relative au rattachement territorial de l'infraction de trop d'interrogations et de suspicion, pour permettre de conclure avec certitude à la nature matérielle de celle-ci. D'ailleurs, si la nature matérielle du délit d'initié venait à être entérinée, la consommation aurait été révélée à l'occasion d'un artifice de localisation.

103.- Alors qu'il détient une place centrale dans la consommation d'une infraction matérielle, le résultat se voit relégué au second plan par la localisation, chaque fois qu'il n'est pas porteur de rattachement territorial. Composante indispensable pour la consommation, le résultat n'en est pas pour autant le critère incontournable de la localisation, la jurisprudence n'hésitant pas à ignorer le résultat qui s'est produit à l'étranger, au profit du comportement qui est accompli en France. Sous l'effet de la localisation, le comportement vient donc concurrencer le résultat, mais n'en est pas moins malmené.

²²⁵. *Supra*, n° 45.

TITRE II – LE DEMEMBREMENT PAR SUBDIVISION

104.- La subdivision consiste à séparer une chose en plusieurs autres. Appliquée à l'élément matériel, elle suppose la compartimentation au sein d'une composante. Par conséquent, le démembrement de la matérialité par subdivision ne peut intervenir que dans une infraction dont l'élément matériel renferme des composantes pouvant elles-mêmes se dédoubler en plusieurs composantes. Parmi les deux composantes possibles contenues dans l'élément matériel, le comportement et le résultat²²⁶, seul le premier peut faire l'objet d'une telle segmentation. En effet, contrairement au résultat, le comportement connaît deux configurations possibles, celui-ci pouvant exiger, soit un seul acte et l'infraction est dite simple, soit au moins deux actes et l'infraction est dite à composantes multiples ou encore composite. La subdivision concerne donc exclusivement les infractions composites, seules ces dernières contenant un comportement décomposable en plusieurs actes. En revanche, la subdivision peut toucher aussi bien les infractions composites formelles, que les infractions composites matérielles. La subdivision n'intervenant qu'à l'intérieur du comportement, il suffit que l'infraction soit dotée d'un comportement susceptible de fractionnement, peu importe que ce comportement soit ou non suivi d'un résultat.

La subdivision opérée dans le cadre de la localisation d'une infraction composite consiste à considérer que le critère de localisation de celle-ci peut résider dans n'importe quel acte du comportement. Il arrive qu'une infraction fasse l'objet d'un morcellement dans l'espace parce que les actes caractérisant le comportement sont réalisés dans des pays différents, et saisissant la moindre possibilité de situer une infraction sur le territoire de la République, la jurisprudence retient l'une comme l'autre des sous-composantes du comportement pour rattacher l'infraction au sol national. Par conséquent, la subdivision du comportement s'avère particulièrement intéressante en termes de localisation, si bien que lorsqu'une infraction contient plusieurs actes au sein de cette composante, la jurisprudence exploite la pluralité (Chapitre I), et lorsqu'une

²²⁶. Concrètement, rien n'empêche qu'à l'instar du comportement, le résultat soit sujet à un éclatement dans l'espace. Cependant, si factuellement le résultat peut parfois se décliner en plusieurs composantes dont la réalisation peut s'effectuer dans différents pays, juridiquement il est toujours considéré comme un bloc unique. Contrairement au comportement, le résultat n'est l'objet d'aucune classification fondée sur sa subdivision. C'est la raison pour laquelle la présente étude se concentre sur la segmentation du comportement, et ne se préoccupe pas de celle du résultat.

infraction ne comporte qu'un seul acte au titre de celle-ci, la jurisprudence fabrique la complexité (Chapitre II).

Chapitre I – L’exploitation de la pluralité

105.- En présence d’une infraction composite, la jurisprudence utilise la pluralité d’actes au sein du comportement, en érigeant chacun d’eux en critère de localisation. L’artifice consiste donc à isoler les actes (Section I), afin d’étirer le comportement (Section II).

Section I – L’isolement des actes

106.- La localisation d’une infraction composite, fondée sur le cloisonnement des actes formant le comportement, consiste en une manipulation unique (§ I), qui connaît des manifestations multiples (§ II).

I – Une manipulation unique

107.- Dès lors qu’ils sont habilités, chacun pris isolément, à faire office de critère de localisation, les actes formant le comportement d’une infraction composite, éléments inséparables au stade de la consommation, deviennent des entités indépendantes au titre de la localisation (A). Le constat selon lequel la localisation a la faculté de rendre autonome ce qui est associé au regard de la consommation n’est pas nouveau, un tel procédé étant récurrent (B).

A – L’indépendance des entités

108.- A l’évocation d’une infraction comportant un élément d’extranéité, l’hypothèse qui vient spontanément à l’esprit n’est autre que celle évoquée dans le titre qui précède, à savoir la réalisation du comportement et du résultat d’une infraction matérielle sur deux territoires distincts, le premier en France et le second à l’étranger, ou inversement.

Toutefois, l’éclatement dans l’espace d’une infraction ne se borne pas au morcellement des deux composantes de son élément matériel, entre le comportement et

le résultat, mais peut tout aussi bien intervenir à un niveau inférieur, et correspondre au fractionnement d'une composante de ce même élément matériel, entre les actes du comportement. De prime abord, la parcelle de matérialité plus réduite que représente le comportement pris isolément enjoint à penser que les actes que ce dernier renferme sont nécessairement exécutés dans une certaine unité de temps et de lieu, peu propice à son étalement dans l'espace. Cependant il n'en est rien, et les exemples de comportements réalisés à la fois en France et à l'étranger sont nombreux.

En présence d'un comportement dont un acte est réalisé en France, et l'autre à l'étranger, la question de la localisation de l'infraction composite dont ce comportement relève se pose nécessairement. La réponse s'illustre par l'abondance des possibilités (1), parmi lesquelles la jurisprudence a opté pour l'ignorance de la pluralité (2).

1 – L'abondance des possibilités

109.- Afin de déterminer la localisation d'un comportement dont tous les actes ne se sont pas produits en France, trois propositions peuvent être avancées. De la plus attachée à la plus éloignée de la consommation, ces dernières consistent à prendre en compte respectivement, les deux actes, le dernier acte, ou n'importe quel acte.

110.- Première alternative, le comportement d'une infraction composite ne peut être considéré comme commis sur le territoire de la République, que si les deux actes qui forment le comportement sont réalisés en France.

Une telle solution présente l'avantage de faire coïncider le procédé de localisation du comportement avec le processus de consommation de celui-ci. En effet, dès lors qu'un comportement est subordonné à l'association de plusieurs actes pour être caractérisé au regard de la loi pénale française, il semble logique d'exiger la réunion de la totalité de ces actes sur le territoire de la République pour situer le comportement en France, et par conséquent le soumettre à la loi pénale française.

Si la solution suscite l'approbation de certains auteurs²²⁷, en revanche elle n'a pas reçu la consécration du législateur. En optant pour une interprétation extensive du principe de territorialité, le législateur n'exige pas l'exécution de tous les actes du comportement sur le sol national, mais se contente de la production d'un seul sur ce

²²⁷. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 202, n° 188.

dernier. En effet, en autorisant la localisation d'une infraction sur le territoire de la République « *dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* », l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal permet doublement la prise en compte d'un seul acte du comportement. Non seulement, le critère de localisation de l'infraction ne doit pas recouvrir toute sa matérialité, mais peut renvoyer à une partie de celle-ci. De surcroît, le critère de localisation de l'infraction peut correspondre à une parcelle très réduite de sa matérialité, aucune limite n'étant fixée dans le fractionnement de l'élément matériel.

111.- Deuxième alternative, le comportement d'une infraction composite ne peut être considéré comme commis sur le territoire de la République, que si le dernier acte qui forme le comportement est réalisé en France. Dans ce cas, la localisation n'exige pas deux actes réunis sur le sol national, mais néanmoins un acte identifié sur ce dernier.

Une telle solution présente le mérite de limiter le décalage entre la localisation et la consommation, en calquant le critère de localisation du comportement sur le moment de la consommation de celui-ci. En effet, dès lors qu'un comportement est subordonné à l'association de plusieurs actes pour être caractérisé au regard de la loi pénale française, mais qu'un seul d'entre eux suffit pour situer le comportement en France afin de le soumettre à la loi pénale française, il semble légitime d'opérer une sélection entre les deux actes, et de ne conférer un pouvoir de rattachement territorial qu'au dernier acte, à savoir l'acte qui correspond à l'achèvement final du comportement.

Certes, dans la mesure où c'est l'assemblage de tous les actes qui forme le comportement, chaque acte pris séparément est inopérant. D'ailleurs, un tel constat a amené une partie de la doctrine à mettre tous les actes du comportement sur un pied d'égalité au titre de la consommation, et *a fortiori* au stade de la localisation²²⁸. Pour cette fraction d'auteurs, le critère de rattachement territorial d'une infraction composite peut donc indifféremment reposer sur le premier ou le dernier acte du comportement²²⁹. Cependant, un tel raisonnement repose sur une isolation abstraite des actes du comportement, sans tenir compte de l'exécution concrète de ces derniers. En effet, si le premier acte n'est pas nécessairement suivi d'un acte postérieur, donc

²²⁸. TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, t. I – *Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 218, n° 158.

²²⁹. L'argument selon lequel le premier acte du comportement ne doit pas servir de localisation car il n'est pas punissable sans la survenance du suivant est réversible, le second acte du comportement n'étant pas punissable sans l'existence du précédant, de sorte que l'un comme l'autre peut jouer un rôle attractif équivalent.

occasionnellement punissable, en revanche le dernier acte est obligatoirement précédé d'un acte antérieur, donc constamment punissable, puisque son apparition entraîne automatiquement la formation du comportement. Sous un angle théorique, les deux actes renferment une fonction équivalente, mais sur un plan pratique, et plus précisément au regard de l'intervention chronologique de chaque acte, le dernier acte détient une fonction prédominante. Et cette nuance au titre de la consommation du comportement devrait recevoir une résonance au stade de la localisation de celui-ci, à travers la sélection du dernier acte comme critère de rattachement territorial²³⁰. Le législateur n'a pas exclu cette éventualité, l'utilisation de l'adjectif « *constitutif* » pour qualifier le « *fait* » susceptible de servir de critère de localisation pouvant très bien s'analyser comme la désignation du dernier élément de la consommation. La jurisprudence n'a pas retenu cette possibilité, son interprétation de l'adjectif « *constitutif* » consistant à ériger en critère de localisation, non seulement le dernier acte qui finalise véritablement la consommation, mais également tout acte antérieur qui contribue simplement à la consommation.

112.- Troisième alternative, le comportement d'une infraction composite peut être considéré comme commis sur le territoire de la République, chaque fois qu'un des actes qui forme le comportement est réalisé en France. Dans ce cas, la localisation n'exige pas deux actes réunis, ni même un acte identifié sur le sol national, mais seulement un acte quel qu'il soit sur ce dernier.

Il est évident, au regard des développements qui précèdent, que cette dernière solution l'emporte sur les deux autres. En effet, la conception extensive du principe de territorialité par le législateur exclut l'exigence de tous les actes, ce qui évince la première alternative. Et l'acceptation extensive du « *fait constitutif* » par la jurisprudence permet l'indifférence entre les actes, ce qui écarte la deuxième alternative. Par conséquent, le comportement peut être localisé sur le territoire de la République à partir de n'importe lequel de ses actes, le premier comme le dernier.

Une telle solution présente l'inconvénient de supprimer toute cohérence entre la localisation et la consommation, le critère de localisation du comportement étant complètement déconnecté du processus global, comme du moment final de la

²³⁰. D'ailleurs, c'est le cas dans la mise en œuvre des autres principes de la répression, le point de départ de la prescription de l'action publique, et le point de repère des conflits de lois dans le temps, résidant uniquement dans le dernier acte du comportement.

consommation de celui-ci. La localisation prend l'exact contrepied de la consommation, la première ignorant la pluralité d'actes exigée par la seconde.

2 – L'ignorance de la pluralité

113.- De prime abord, la localisation ne semble pas ignorer, mais simplement s'appuyer sur la pluralité d'actes exigée par la consommation. Là où la consommation requiert plusieurs actes pour constituer le comportement au regard de la loi pénale française, la localisation retient ces mêmes actes pour attirer le comportement sur le sol national. Toutefois, la concordance entre la consommation et la localisation n'est qu'apparente. Certes, la localisation respecte l'aspect technique de la pluralité instaurée par la consommation, dans le sens où le nombre d'actes demeure inchangé, chaque critère de localisation correspondant à un acte de la consommation. Mais la localisation méprise la raison d'être théorique de la pluralité commandée par la consommation, le lien entre les actes s'avérant transformé.

Dans la consommation, la pluralité est décidée par le législateur pour rassembler les actes du comportement, seule leur association permettant d'aboutir à l'achèvement final de ce dernier. Une telle exigence est omniprésente dans la définition des infractions composites. Quelle que soit la formulation retenue, la définition insiste sur le caractère non punissable d'un acte isolé, et sur la fonction constitutive de deux actes conjugués. Par exemple, l'infraction d'habitude est présentée, notamment, comme une infraction correspondant à « *l'accomplissement de plusieurs actes semblables, dont chacun pris isolément n'est pas punissable, mais dont la répétition constitue l'infraction* »²³¹, une infraction composée de « *deux faits, au moins, dont chacun envisagé isolément n'est pas punissable, mais dont l'addition fait apparaître l'infraction* »²³², une infraction « *constituée par plusieurs actes similaires, qui, pris isolément, ne sont pas punissables, mais dont l'ensemble tombe sous le coup de la loi pénale* »²³³, ou encore une infraction qui « *exige pour sa constitution la répétition d'un acte qui n'aurait pas donné lieu à l'application de la loi pénale s'il n'avait été accompli qu'une seule fois* »²³⁴.

²³¹. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 215, n° 222 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 399, n° 439.

²³². LARGUIER et CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^e éd., 2004, n° 29.

²³³. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 274, n° 325.

²³⁴. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, 2^e éd., 1922, n° 59.

Dans la localisation, la pluralité est détournée par la jurisprudence en isolant les actes, leur séparation permettant d'augmenter le rattachement territorial de celui-ci. D'aucuns rétorqueront sans doute que la pluralité n'est pas réellement ignorée, dans la mesure où deux actes sont accomplis, certes pas sur le même territoire, mais dans l'absolu. Néanmoins, dans une configuration comparable, la jurisprudence ne fait pas preuve d'autant de souplesse dans la mise en œuvre des autres principes du droit pénal. Par exemple, une infraction d'habitude est caractérisée dès lors que l'auteur a réalisé deux actes, peu importe que chacun soit commis à l'encontre d'une victime différente. Mais la victime de l'acte isolé ne peut pas se constituer partie civile contre l'auteur, cette dernière ne peut qu'agir en dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²³⁵. Pourtant, ici aussi deux actes sont accomplis, certes pas contre la même victime, mais dans l'absolu.

Par conséquent, là où la consommation oblige de considérer les actes du comportement de manière indissociable, aucun acte n'étant punissable à lui seul, la localisation permet d'appréhender ces mêmes actes de façon indépendante, chaque acte étant attractif à lui seul. En d'autres termes, la localisation utilise la pluralité exigée par la consommation pour mieux l'ignorer, afin de multiplier les hypothèses dans lesquelles le comportement peut être réputé commis sur le territoire de la République.

B – La récurrence du procédé

114.- La récupération de la pluralité, consistant dans un premier temps à diviser un élément en plusieurs composantes, puis dans un second temps à isoler chaque composante pour en retirer un critère de localisation, est mise en œuvre par la jurisprudence chaque fois que la structure de l'infraction le permet. En effet, ce qui vient d'être exposé concernant les infractions composites, entre les actes du comportement, n'est pas sans rappeler ce qui a déjà été constaté à propos des infractions matérielles, entre le comportement et le résultat. En définitive, l'artifice se vérifie quel que soit le niveau de la matérialité où se manifeste la pluralité, aussi bien en surface, entre le comportement et le résultat, qu'en profondeur, au sein du comportement.

²³⁵. Ch. réunies, 4 nov. 1839, S. 1839, p. 929 ; Crim., 20 janv. 1888, S. 1889, p. 281 ; Crim., 23 mai 1868, S. 1869, p. 144 ; Crim., 15 mars 1919, S. 1921, p. 387.

115.- Dans la mesure où la technique de localisation se répète à tous les stades de l'élément matériel, pourquoi considérer qu'il s'agit d'une substitution lorsqu'elle survient entre le comportement et le résultat, et d'une subdivision lorsqu'elle opère au sein du comportement ?

Le fait pour la jurisprudence d'ériger en critère de localisation chaque acte du comportement, au lieu de se limiter au dernier acte de ce dernier, ne peut pas s'analyser en une substitution du premier acte au second acte, du moins pas toujours. En effet, il y a substitution lorsque la dernière composante de l'infraction, qui devrait incarner l'unique critère de localisation de celle-ci, est relayée dans cette fonction par l'une des composantes intervenant en amont dans l'infraction. C'est notamment le cas dans une infraction matérielle, lorsque celle-ci est rattachée au territoire de la République par le comportement, et non par le résultat. C'est également le cas dans une infraction composite formelle, lorsque celle-ci est rattachée au territoire de la République par le premier acte du comportement, et non par le second acte. Cependant, le second acte du comportement d'une infraction composite n'est pas toujours la dernière composante de l'infraction. Certes, il est nécessairement la dernière composante du comportement en particulier, mais il n'est pas obligatoirement la dernière composante de l'élément matériel en général. En effet, une infraction composite peut être, non seulement formelle, mais également matérielle, et dans une telle hypothèse, le comportement étant suivi d'un résultat, le second acte du comportement n'incarne pas la dernière composante de l'infraction. La technique de localisation pratiquée à l'échelle du comportement ne consistant pas toujours en une substitution, cette appellation a donc naturellement été écartée de l'artifice se concentrant à l'intérieur du comportement, pour être réservée à celui intervenant entre le comportement et le résultat.

II – Des manifestations multiples

116.- La localisation par la subdivision du comportement consiste en un procédé unique, mais cela ne l'empêche pas de connaître une mise en œuvre variée. En effet, le rattachement territorial à partir de n'importe quel acte du comportement se retrouve dans toutes les infractions susceptibles d'un découpage, c'est-à-dire dans les infractions composites. Cependant, il existe deux catégories d'infractions composites. Ces dernières ne se distinguent pas en fonction du nombre d'actes, une infraction étant composite dès

lors que la formation du comportement nécessite plusieurs actes, peu importe qu'elle en exige deux ou plus, elles diffèrent en raison de la nature des actes. Selon que les actes sont différents ou identiques, l'infraction composite est respectivement dénommée infraction complexe ou infraction d'habitude. La jurisprudence exploite la pluralité d'actes à des fins attractives dans ces deux types d'infractions composites. Si la conviction est solide concernant l'infraction complexe (A), en revanche l'hésitation est permise concernant l'infraction d'habitude (B).

A – La conviction pour l'infraction complexe

117.- Il ne fait absolument aucun doute qu'une infraction complexe peut être localisée sur le territoire de la République par l'un quelconque des actes composant le comportement de celle-ci. L'affirmation est explicite (1), et les applications sont innombrables (2).

1 – L'affirmation explicite

118.- L'infraction complexe est une infraction dont le comportement se consomme par la réunion de plusieurs actes de nature différente. Conformément à ce qui a été énoncé dans les développements qui précèdent, en tant qu'infraction composite, l'infraction complexe peut être localisée sur le territoire de la République à partir de l'un quelconque des actes du comportement, dès lors que celui-ci est réalisé en France. En d'autres termes, le critère de localisation d'une infraction complexe n'est pas restreint à l'acte marquant la complexité, le dernier acte du comportement, mais réside dans n'importe quel acte, le dernier comme les premiers actes du comportement.

119.- L'infraction complexe est l'infraction composite par excellence à l'égard de laquelle la localisation fondée sur un acte quelconque du comportement est unanimement reconnue, que ce soit par la jurisprudence, le législateur ou la doctrine.

La jurisprudence, d'abord. Initialement, l'artifice de localisation consistant à exploiter la pluralité d'actes au sein du comportement, a été inventé à l'usage des infractions complexes. Aussi loin que les outils de recherche permettent de remonter dans les arrêts de la Cour de cassation, les décisions les plus anciennes, datant de la fin

du XIX^e siècle, sont relatives à des infractions complexes, et plus exactement à l'infraction d'escroquerie²³⁶. La motivation des arrêts est explicite, « *à raison de la nature complexe du délit d'escroquerie, il suffit que les manœuvres frauduleuses, qui en sont un des éléments, aient été accomplies en France* ». Il suffit donc que l'une quelconque des composantes d'une infraction complexe soit réalisée en France, pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République. Certes, l'infraction complexe a vu sa définition sensiblement évoluer²³⁷, et son application à l'escroquerie doublement discutée²³⁸, mais cette catégorie d'infraction n'en demeure pas moins explicitement soumise par la jurisprudence au démembrement de sa matérialité, pour les besoins de sa localisation sur le sol national.

Le législateur, ensuite. Indéniablement, l'artifice de localisation consistant à exploiter la pluralité de composantes au sein de l'élément matériel, a été consacré par le législateur afin d'entériner la pratique jurisprudentielle relative aux infractions complexes. Si désormais l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, et avant lui l'article 693 du Code de procédure pénale, permet de réputer une infraction commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu en France, c'est parce que, depuis toujours, les arrêts de la Cour de cassation admettent la localisation en France d'une infraction complexe à partir de l'une quelconque de ses composantes. C'est donc avant tout à l'usage des infractions complexes que l'extension du principe de territorialité a été édictée, même si petit à petit son application a été étendue à d'autres catégories d'infractions²³⁹.

La doctrine, enfin. Malheureusement, devant l'affirmation ancienne de la jurisprudence et la consécration récente du législateur, la doctrine s'est ralliée à l'artifice de localisation consistant à exploiter la pluralité d'actes au sein du comportement, et considère sans exception qu'une infraction complexe peut être localisée sur le territoire de la République à partir de l'un quelconque des actes de son comportement. Certes, certains auteurs, comme le Professeur Yves MAYAUD²⁴⁰, n'ont

²³⁶. Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 255 ; Crim., 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59, *S.* 1881, 1, p. 329 ; Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Crim., 2 août 1883, *D.* 1884, 1, p. 139, *S.* 1885, 1, p. 509 ; Crim., 8 nov. 1888, *Bull. crim.* n° 313, *S.* 1890, 1, p. 287.

²³⁷. *Supra*, n° 29.

²³⁸. *Supra*, n° 28 ; *infra*, n° 175.

²³⁹. DESPORTES et LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 356, n° 392 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 203, n° 188 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 186, n° 216 bis.

²⁴⁰. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 202, n° 188.

pas manqué de souligner que dans la mesure où la consommation du comportement d'une infraction complexe passe nécessairement par la conjonction de deux ou plusieurs actes différents, la localisation de celle-ci devrait logiquement être subordonnée à la réunion de tous ces actes sur le territoire de la République. Cependant, il s'agit là d'un simple constat et non d'une véritable critique. En effet, la rédaction et l'interprétation de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal sont tellement ancrés dans les faits, que l'artifice de localisation mis en œuvre à l'encontre de l'infraction complexe est devenu le principe dans les esprits.

2 – Des applications innombrables

120.- Le nombre d'arrêtés à travers lesquels la jurisprudence répute une infraction commise sur le territoire de la République, en se basant sur la structure complexe de cette dernière, est considérable. Partant, l'objectif des développements qui suivent n'est certainement pas de procéder à une énumération exhaustive de toutes les décisions existantes, mais uniquement de proposer quelques illustrations représentatives. La récupération de la complexité à des fins de localisation en France se manifeste doublement, soit explicitement, soit implicitement.

D'une part, la structure complexe d'une infraction apparaît explicitement dans les attendus de la Cour de cassation, lorsque cette dernière recourt à la qualification de « *complexe* » pour désigner l'infraction localisée. C'est évidemment le cas de l'escroquerie, déjà maintes fois citée. Selon l'article 313-1 du Code pénal, l'infraction se compose, notamment, d'une tromperie et d'une remise²⁴¹. La Cour de cassation considère « *qu'à raison de la nature complexe du délit d'escroquerie, il suffit que* » la tromperie ou la remise ait été réalisée en France pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République²⁴². Si la motivation retenue dans les décisions

²⁴¹. Le texte exige, en outre, le préjudice de la victime et l'intention de l'auteur.

²⁴². L'intégration de l'escroquerie parmi les exemples d'infractions complexes surprendra certainement, dans la mesure où les développements qui précèdent se sont attelés à démontrer que l'exigence d'une tromperie et d'une remise au titre de l'élément matériel de l'escroquerie ne fait nullement de cette dernière une infraction complexe, la remise incarnant le résultat du comportement, et non le second acte de celui-ci. Cependant, à ce stade de la démonstration, le propos n'est pas de critiquer la qualification d'infraction complexe attribuée à telle ou telle infraction, mais de constater la récupération des infractions complexes à des fins de localisation. Et il se trouve que les manuels de droit pénal général citent tous sans exception l'escroquerie en exemple pour illustrer l'application de l'extension de territorialité aux infractions exigeant plusieurs actes au titre du comportement, la remise étant alors considérée comme le second acte du comportement.

récentes ne reprend plus une telle formule faisant référence à la nature complexe de l'escroquerie, ce n'est nullement que la jurisprudence a modifié sa conception de l'infraction, mais simplement que celle-ci a modulé la rédaction de ses décisions, se contentant désormais de recopier l'ancien article 693 du Code de procédure pénale ou le nouvel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, sans autre précision. C'était également le cas de l'émission de chèque sans provision²⁴³. Selon une loi du 2 août 1917, l'infraction se composait, notamment, de l'émission d'un chèque, et l'absence de provision préalable et disponible au jour de l'émission²⁴⁴. Et là encore, la Cour de cassation considérait « *qu'étant donné la nature complexe du délit, il suffit que* »²⁴⁵ le défaut de provision ou l'émission du chèque ait été réalisé en France pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République.

D'autre part, la structure complexe d'une infraction transparaît implicitement dans les attendus de la Cour de cassation, lorsque cette dernière évoque, afin de localiser l'infraction concernée, les actes du comportement caractéristiques de la complexité. C'est notamment le cas de la pollution des eaux fluviales. Selon l'article 434-1 de l'ancien Code rural, devenu l'article L. 432-2 du Code de l'environnement, l'infraction consiste à « *jeter, déverser ou laisser écouler [...], directement ou indirectement, des substances quelconques dont l'action ou les réactions ont détruit le poisson ou nui à sa nutrition, à sa reproduction ou à sa valeur alimentaire* ». Il semble que la Cour de cassation analyse la pollution des eaux fluviales comme une infraction complexe. Une telle supposition ressort d'une décision relative à la localisation de l'infraction²⁴⁶, dans laquelle la Haute juridiction valide la solution des juges du fond, qui ont « *à bon droit* » réputé le délit commis sur le territoire de la République, au motif que la pollution des eaux fluviales est « *caractérisée par la réunion de deux actes matériels d'exécution, d'une part, le fait d'avoir laissé écouler dans un cours d'eau des substances nuisibles, et d'autre part, le fait d'avoir détruit le poisson, nui à sa nutrition, à sa reproduction ou à sa valeur alimentaire, et qu'en l'espèce le second de ces actes matériels d'exécution*

²⁴³. Ce n'est plus le cas, non pas parce que la jurisprudence a modifié sa conception de l'infraction, mais parce que le législateur a supprimé l'incrimination de cette dernière (L. n° 91-1382, 30 déc. 1991, *JO* 1^{er} janv.), de sorte que la question de la localisation l'émission de chèque sans provision ne se pose plus.

²⁴⁴. Le texte exige, en outre, un élément moral, consistant en la connaissance de l'absence de provision.

²⁴⁵. Crim., 29 juill. 1932, *JDI* 1933, p. 636 ; Crim., 28 janv. 1960, *Bull. crim.* n° 55, *D.* 1960, p. 315, *Gaz. Pal.* 1960, 1, p. 214, *Rev. sc. crim.* 1961, p. 340, *Légal*. Dans ces deux espèces, l'émission a lieu à l'étranger, mais l'absence de provision est réalisée en France.

²⁴⁶. Crim., 15 nov. 1977, n° 77-90.089, *Bull. crim.* n° 352, *Rev. sc. crim.* 1978, p. 627, *Vitu*.

se situe en France »²⁴⁷. C'est également le cas de l'outrage aux bonnes mœurs. Selon l'ancien article 283 du Code pénal, l'infraction consiste, notamment, à « *fabriquer [...] tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions photographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs* »²⁴⁸. Là encore, il semble que la Cour de cassation analyse l'outrage aux bonnes mœurs comme une infraction complexe. Une telle supposition ressort d'une décision relative à la localisation de l'infraction²⁴⁹, à l'occasion de laquelle la Chambre criminelle reprend le raisonnement de la cour d'appel, qui a « *à bon droit* » réputé le délit commis sur le territoire de la République, au motif que la fabrication d'une photographie contraire aux bonnes mœurs « *implique techniquement une succession d'opérations consistant dans l'impression de la pellicule vierge, dans le développement du négatif obtenu et dans le tirage du cliché sur papier* », et qu'en l'espèce toutes ces opérations sont réalisées en France. L'illustration est toujours d'actualité, quand bien même le texte d'incrimination a été modifié. En effet, lors de la réforme du Code pénal, l'article 283 est devenu l'article 227-24, sans pour autant que le nouveau texte soit l'exacte retranscription de l'ancien, en particulier concernant le champ d'application de l'infraction, désormais subordonnée à la minorité de la victime²⁵⁰. Cependant, la fabrication d'un message susceptible de corrompre un mineur demeure l'une des facettes de l'élément matériel de l'infraction, et aucune raison valable ne justifierait que la jurisprudence modifie la conception complexe de ce dernier, compte tenu des bénéfices que représente une telle structure en termes de la localisation.

Les quelques exemples ci-dessus montrent à quel point l'infraction complexe incarne un instrument précieux de rattachement territorial, et donc de répression nationale, dans les domaines les plus variés : les atteintes aux personnes avec l'outrage

²⁴⁷. Reims, 9 déc. 1976, *Rev. sc. crim.* 1977, p. 571, Vitu.

²⁴⁸. Le texte réprime, en outre, le fait de « *détenir en vue d'en faire commerce, distribution, localisation, affichage ou exposition ; importer ou faire importer, exporter ou faire exporter, transporter ou faire transporter sciemment aux mêmes fins ; afficher, exposer ou projeter aux regards du public ; vendre, louer, mettre en vente ou en location, même non publiquement ; offrir, même à titre gratuit, même non publiquement, sous quelque forme que ce soit, directement ou par moyen détourné ; distribuer ou remettre en vue de leur distribution par un moyen quelconque ; tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions photographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs* ».

²⁴⁹. Crim., 4 juin 1969, n° 68-93.427, *Bull. crim.* n° 190, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 106, *JCP G* 1969, II, 16011, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 84, Légal.

²⁵⁰. La minorité de la victime, circonstance aggravante de l'infraction sous l'ancien article 283, est devenue la condition préalable de cette dernière avec l'actuel article 227-24.

aux bonnes mœurs, les atteintes aux biens avec l'escroquerie, les atteintes à l'environnement avec la pollution des eaux fluviales, étant entendu que ces illustrations ne sont nullement limitatives. Reste à savoir si les avantages de la pluralité d'actes constatés pour l'infraction complexe se vérifient avec l'infraction d'habitude.

B – L'hésitation pour l'infraction d'habitude

121.- Si une infraction complexe peut incontestablement être rattachée au territoire de la République par l'un quelconque des actes de son comportement, il n'en va pas automatiquement de même pour l'infraction d'habitude. Un tel procédé de localisation à l'égard de cette infraction composite n'est pas totalement inconcevable en soi, mais tout bonnement invérifiable en fait. Les illustrations demeurant introuvables (1), la mise en œuvre de l'artifice dans le cadre d'une infraction d'habitude se résume à une déduction implicite (2).

1 – Des illustrations introuvables

122.- L'infraction d'habitude est une infraction dont le comportement se consomme par la réunion de plusieurs actes identiques. Contrairement à l'infraction complexe, dont les hypothèses de localisation sur le territoire de la République sont recrudescents, celles relatives à l'infraction d'habitude sont inexistantes. A ce jour, la jurisprudence ne fait état d'aucune décision au détour de laquelle une infraction d'habitude comportant un élément d'extranéité s'est trouvée rattachée au sol national à partir de l'un ou l'autre des actes de son comportement.

123.- Certes, un arrêt datant du début du XX^e siècle²⁵¹, est fréquemment présenté comme un exemple de la localisation internationale d'une infraction d'habitude. En l'espèce, plusieurs jeunes filles mineures ont été, d'abord embauchées à Paris, ensuite embarquées au Havre, et enfin livrées à la prostitution à Johannesburg. Le prévenu contestait, non seulement l'existence de l'infraction en cause, mais également la compétence des juridictions françaises. Ces dernières, sans surprise, se sont déclarées aptes à juger cet attentat aux mœurs. Cependant, examinée de près, cette décision ne

remet nullement en cause l'affirmation selon laquelle aucune infraction d'habitude comportant un élément d'extranéité n'a été localisée sur le territoire de la République, et ce pour deux raisons. D'une part, à l'époque des faits, l'infraction ne comportait pas d'élément d'extranéité. D'autre part, à l'époque actuelle, l'infraction ne consiste plus en un délit d'habitude.

En premier lieu, l'infraction ne comportait pas d'élément d'extranéité. De prime abord, la lecture des faits laisse penser que la matérialité de l'infraction faisait l'objet d'un éclatement dans l'espace, certains actes étant effectués en France, l'embauche et l'embarquement des jeunes filles, d'autres étant réalisés en Afrique, la prostitution de ces dernières. En réalité, l'infraction n'était absolument pas dispersée entre la France et l'étranger, mais totalement concentrée sur le territoire de la République. En effet, l'infraction en cause est une infraction formelle, et cette consommation n'a jamais varié, quelle que soit la qualification que l'infraction a pu recevoir au fil du temps, attentat aux mœurs à l'époque des faits, proxénétisme à l'époque actuelle²⁵². La nature formelle a été affirmée par la jurisprudence lorsque l'infraction était qualifiée d'attentat aux mœurs, le juge se contentant d'un acte excitant, favorisant ou facilitant la débauche ou la

²⁵¹. Crim., 10 févr. 1900, *D.* 1902, p. 207, *S.* 1902, p. 111.

²⁵². A l'époque des faits, en 1900, l'infraction en cause était prévue par l'article 334 du Code pénal de 1810, qui réprimait « *quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt-un ans* », et prévoyait une circonstance aggravante lorsque « *[cette] prostitution ou corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs père, mère, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance* ». Ce même texte incriminait donc des comportements qui correspondaient, soit à du proxénétisme, soit à de la corruption de mineurs. Ce n'est que des années plus tard, que cette infraction unique d'attentat aux mœurs a été scindée en deux infractions distinctes, le proxénétisme, demeuré à l'article 334 du Code pénal de 1810, et la corruption de mineurs, apparue à l'article 334-2 du même code. Chaque texte incriminait respectivement, « *celui ou celle [...] qui embauche, entraîne ou entretient, même avec son consentement, une personne même majeure en vue de la prostitution, ou la livre à la prostitution ou à la débauche* », au titre du proxénétisme, et « *quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix-huit ans ou même occasionnellement des mineurs de seize ans* », au titre de la corruption de mineurs. La réforme du Code pénal n'a pas remis en cause cette division, modifiant simplement la rédaction et la répartition des articles. Désormais, le proxénétisme est prévu à l'article 225-5 du Code pénal de 1994, et punit « *le fait [...] d'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire* », et la corruption de mineurs est réprimée à l'article 227-22 du même code, qui incrimine « *le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur* ». Dans l'arrêt, les faits consistant à avoir embauché des jeunes filles en vue de les livrer à la prostitution, il s'agissait donc de proxénétisme et non de corruption de mineurs, quand bien même les jeunes filles n'avaient pas atteint la majorité légale. En effet, la différence entre les deux infractions ne tient pas à l'âge des victimes, le proxénétisme pouvant très bien consister à prostituer des personnes mineures. La distinction réside bien dans les comportements poursuivis, provoquer des majeurs comme des mineurs à pratiquer des rapports sexuels contre rémunération pour le proxénétisme, attiser les pulsions sexuelles (sans qu'il y ait relations sexuelles, sinon la qualification d'atteintes sexuelles s'applique) des mineurs pour la corruption de mineurs (par exemple, projeter un film pornographique à un mineur, s'adonner à des actes obscènes devant un mineur). Par conséquent, quelle que soit la terminologie

corruption, considérant la prostitution effective comme indifférente²⁵³. Cette nature formelle a été confirmée par le législateur depuis que l'infraction est qualifiée de proxénétisme, la loi incriminant divers actes, dont l'embauche²⁵⁴, accomplis « *en vue de* »²⁵⁵ la prostitution d'autrui. Le simple fait d'avoir embauché des jeunes filles dans le but de livrer ces dernières à la prostitution suffisait donc à caractériser l'infraction, peu importe que ces mêmes jeunes filles se soient adonnées ou non à une telle activité par la suite. Or, l'embauche a eu lieu à Paris. Par conséquent, l'infraction n'était pas partiellement, mais totalement commise sur le territoire de la République²⁵⁶.

En second lieu, l'infraction ne consiste plus en un délit d'habitude. Auparavant, le proxénétisme était une infraction d'habitude. L'article 334 du Code pénal applicable à la date de l'arrêt, incriminait expressément le fait d'attenter aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant « *habituellement* » la débauche ou la corruption de la jeunesse. Par conséquent, la caractérisation du comportement exigeait la réunion de plusieurs actes identiques, et plus exactement la reconduction d'un même acte. C'est la raison

employée dans les développements qui suivent, proxénétisme proprement dit ou attentat aux mœurs, l'infraction visée sera toujours le proxénétisme.

²⁵³. Paris, 12 mars 1913, *Gaz. Pal.* 1913, 1, p. 439.

²⁵⁴. Que ce soit dans l'ancien article 334, 5° du Code pénal ou dans l'actuel article 225-5, 3° du même code, le proxénétisme revêt des formes multiples, l'embauche n'incarnant que l'une d'elles.

²⁵⁵. L'ancien article 334, 5°, comme l'actuel article 225-5, 3°, incrimine le fait d'embaucher une personne « *en vue de* » la livrer à la prostitution. Cette expression, « *en vue de* », est utilisée par le législateur pour signaler le caractère formel d'une infraction en général (MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 223, n° 205), et du proxénétisme en particulier (PY, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Prostitution – Proxénétisme – Racolage, n° 81).

²⁵⁶. A ce titre, le fondement choisi pour asseoir la compétence des juridictions françaises suscite l'étonnement. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir appliqué l'article 5 § 2 du Code d'instruction criminelle, qui dispose : « *tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié de délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis* ». Impossible de ne pas reconnaître le principe de la personnalité active, de nos jours inscrit à l'article 113-6 du Code pénal, qui permet la compétence des juridictions françaises en cas d'infraction commise sur un territoire étranger par un auteur français. Si l'embauche à Paris n'avait caractérisé qu'une partie de l'infraction, cette dernière n'aurait été que partiellement réalisée sur le territoire de la République, et le fondement de l'article 5 § 2 du Code d'instruction criminelle s'imposait. En effet, à l'époque de l'arrêt, aucun texte ne prévoyait l'extension de territorialité. Les textes de portée générale, l'article 693 du Code de procédure pénale ou l'article 113-2, alinéa 2 du Code pénal de 1994, n'avaient pas encore vu le jour. Et le texte de portée spéciale, l'article 334-1 du Code pénal de 1810, qui dispose : « *les peines prévues à l'article 334 [...] seront prononcées, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs des infractions auraient été accomplis dans des pays différents* », n'était pas non plus entré en vigueur. Mais l'embauche à Paris consommait l'intégralité de l'infraction, cette dernière était alors totalement réalisée sur le territoire de la République, donc le fondement de l'article 5 § 2 du Code d'instruction criminelle ne se justifiait pas. Il suffisait d'appliquer le principe de territorialité, alors contenu à l'article 3 du Code civil. Une telle erreur de fondement, consistant à localiser une infraction sur le sol national en vertu d'un autre chef de compétence lorsque le principe de territorialité peut jouer, n'est pas sans rappeler l'exemple du délit d'initié (*supra*, n° 98). Toutefois, si le fondement de la localisation incite à retenir la nature matérielle du délit d'initié, en revanche il ne remet pas en cause la nature formelle du proxénétisme.

pour laquelle, la Cour de cassation a contrôlé l'établissement de cette condition par la cour d'appel : « *Attendu qu'après avoir ainsi précisé les faits, l'arrêt les qualifie de "faits successifs caractéristiques de l'habitude" ; que cette qualification est juridiquement exacte, alors que la prévention portait sur quatre faits de proxénétisme distincts et séparés, la preuve de l'habitude résultant de la réitération des agissements incriminés ; que dès lors, l'arrêt attaqué a fait une juste application de l'article 334 du Code pénal* »²⁵⁷. Mais rapidement, selon la forme qu'il revêtait, le proxénétisme est demeuré une infraction d'habitude, ou devenu une infraction simple. Et le proxénétisme par incitation, au moyen d'une embauche, a basculé dans la seconde configuration²⁵⁸. L'évolution s'est ressentie, non seulement dans la rédaction de l'infraction, le législateur ayant supprimé l'adverbe « habituellement » du texte d'incrimination²⁵⁹, mais également dans l'application de l'infraction, la jurisprudence se contentant d'une embauche au titre de la caractérisation²⁶⁰.

124.- L'absence d'exemple d'infraction d'habitude localisée sur le territoire de la République en vertu de l'extension de territorialité, donc en définitive d'exemple d'infraction d'habitude comportant un élément d'extranéité peut surprendre. En effet, cette catégorie d'infraction composite est particulièrement bien représentée, et ce dans les domaines protégés par le droit pénal les plus divers. Il est possible de citer, notamment, les violences habituelles sur mineur de quinze ans ou sur une personne vulnérable (*C. pén.*, art. 222-14), le proxénétisme consistant à percevoir des subsides provenant d'une personne se livrant habituellement à la prostitution (*C. pén.*, art. 225-5,

²⁵⁷. *Crim.*, 10 févr. 1900, *D.* 1902, p. 207, *S.* 1902, p. 111.

²⁵⁸. N'exige pas non plus l'habitude, le proxénétisme par tout autre moyen que l'embauche, à savoir un entraînement ou un détournement (*C. pén.*, art. 225-5, 3°) (RASSAT, *Juris-Classeur Pénal*, Art. 225-5 à 225-12, Fasc. 20, Proxénétisme, n° 45), le proxénétisme par aide, assistance ou protection (*C. pén.*, art. 225-5, 1°) (*Crim.*, 24 mai 1946, *Bull. crim.* n° 215 ; *Crim.*, 18 mai 1954, *Bull. crim.* n° 695 ; *Crim.*, 20 nov. 1956, *Bull. crim.* n° 764 ; Pau, 12 juill. 1989, *Juris-Data* n° 1989-044540 ; Nîmes, 5 avr. 2002, *Juris-Data* n° 2002-184119), et le proxénétisme consistant à bénéficier de la prostitution en partageant les produits de celle-ci (*C. pén.*, art. 225-5, 2°) (*Crim.*, 13 mai 1954, *D.* 1954, p. 695 ; *Crim.*, 17 mars 2004, n° 03-85.080, *Bull. crim.* n° 72). A l'inverse, requiert l'habitude, le proxénétisme consistant à bénéficier de la prostitution en recevant des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution (*C. pén.*, art. 225-5, 2°) (RASSAT, *Juris-Classeur Pénal*, Art. 225-5 à 225-12, Fasc. 20, Proxénétisme, n° 34 ; *Crim.*, 14 févr. 1961, *JCP G* 1961, IV, 46).

²⁵⁹. La suppression est intervenue dès l'ancien article 334, 5° du Code pénal, qui disposait : « sera considéré comme proxénète [...], celui ou celle [...] qui embauche, entraîne ou entretient, même avec son consentement, une personne même majeure en vue de la prostitution », et est maintenue dans l'actuel article 225-5, 3° du même code, qui dispose : « le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit [...] d'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ».

²⁶⁰. *Crim.*, 5 mars 1953, *Bull. crim.* n° 80.

2°), la tolérance habituelle de personnes se livrant à la prostitution (*C. pén.*, art. 225-10, al. 1, 2°), la célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable (*C. pén.*, art. 433-21), l'interruption illégale de grossesse (*C. santé publ.*, art. L. 2222-2), l'exercice illégal de certaines professions, telles les professions médicales (*C. santé publ.*, art. L. 4161-1 à L. 4161-5) ou la profession de banquier (*C. mon. fin.*, art. L. 511-3, al. 1), le démarchage (*C. mon. fin.*, art. L. 342-2 ; L. 342-3), la fraude dans les transports publics (*C. transp.*, art. L. 2242-6)²⁶¹, l'énumération n'étant pas exhaustive. Or, la matérialité à composantes multiples d'une infraction est propice à l'éclatement de celle-ci dans l'espace. Par conséquent, à l'instar de l'infraction complexe, qui répond exactement à la même structure que l'infraction d'habitude, les hypothèses dans lesquelles les actes du comportement d'une infraction d'habitude ne sont pas tous concentrés sur le territoire de la République, mais dispersés entre la France et l'étranger, devraient logiquement foisonner, au lieu de cruellement manquer. L'explication d'un tel décalage, entre l'abondance de ces infractions exigeant une consommation plurale d'une part, et l'absence de situation impliquant leur localisation internationale d'autre part, tient à la définition de l'habitude. L'habitude répond à deux conditions cumulatives, tenant, non seulement à la multiplicité des actes, mais également à la périodicité de ces derniers²⁶², et l'appréciation de chacune de ces données par la jurisprudence révèle pourquoi le comportement d'une infraction d'habitude ne se prête pas à un éclatement dans l'espace.

La première condition de l'habitude porte bien évidemment sur le nombre des actes, dans la mesure où la particularité de l'infraction composite tient justement à la pluralité d'actes exigée au titre du comportement, par opposition à l'infraction simple qui se contente d'un acte isolé. Cependant, savoir qu'il faut plusieurs actes ne révèle pas pour autant combien sont requis exactement. Sauf exception, la loi pose le principe de l'habitude, et le juge en fixe le quantum²⁶³. En d'autres termes, le législateur indique

²⁶¹. Le nouvel article L. 2242-6 du Code des transports correspond à l'ancien article 24-1 de la loi du 15 juillet 1845 relative à la police des chemins de fer (Ord. n° 2010-1307, 28 oct. 2010, *JO* 29 oct.), plus communément cité en exemple.

²⁶². L'habitude serait subordonnée à une troisième condition, la pluralité de victimes. L'habitude serait alors caractérisée si chaque acte est commis contre une victime différente, mais pas si tous les actes sont commis contre la même victime : SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 261, n° 349.

²⁶³. Il arrive que la loi, pose non seulement le principe de l'habitude, mais fixe également son quantum. C'est le cas, notamment, en matière de fraude dans les transports publics, dont le nombre d'actes constitutifs de l'habitude est imposé dans le texte d'incrimination. En effet, l'article L. 2242-6 du Code des transports réprime « *le fait de voyager, de manière habituelle, dans une voiture sans être muni d'un titre de transport valable* », et précise que « *l'habitude est caractérisée dès lors que la personne concernée a fait l'objet, sur une période inférieure ou égale à douze mois, de plus de dix contraventions* ».

quand une infraction exige plusieurs actes identiques²⁶⁴, et la jurisprudence précise combien. Selon cette dernière, deux actes suffisent²⁶⁵ pour créer l'habitude. Une telle approche de l'habitude, extensive au regard de la consommation²⁶⁶, n'est pas pour autant restrictive en termes de localisation. En effet, même limitée à deux composantes, la matérialité d'une infraction peut parfaitement faire l'objet d'un éclatement dans l'espace. Il n'est qu'à prendre les exemples de l'infraction matérielle et de l'infraction complexe, dont le comportement et le résultat, ou les deux actes du comportement, sont couramment accomplis sur des territoires différents, l'un en France, et l'autre à l'étranger. En réalité, la concentration géographique des deux actes du comportement d'une infraction d'habitude ne tient pas à des considérations numériques, mais temporelles.

La seconde condition de l'habitude porte sur le rythme des actes. La dualité d'actes est nécessaire, mais pas suffisante pour constituer l'habitude. Au critère de la répétition s'ajoute celui de la régularité²⁶⁷. La raison d'être de cette exigence de fréquence transparaît clairement sous la plume du Professeur Yves MAYAUD : « *il importe que les actes [...] ne soient pas trop distants entre eux, de manière à constater le rapport qui les unit, fait d'une relation à l'identique suffisamment proche dans le temps* »²⁶⁸. C'est ce rapprochement dans le temps qui empêche un éloignement dans

pour avoir voyagé sans titre de transport ou munie d'un titre de transport non valable ou non complété, qui n'ont pas donné lieu à une transaction ».

²⁶⁴. Le plus souvent, le texte d'incrimination mentionne expressément le terme « habitude » ou l'un de ses dérivés. Pour un auteur c'est même toujours une obligation : SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 260, n° 348. Néanmoins, la rédaction est parfois plus implicite. C'est le cas du proxénétisme consistant à percevoir des subsides provenant d'une personne se livrant habituellement à la prostitution (*C. pén.*, art. 225-5, 2°), dont le caractère d'infraction d'habitude résulte du mot « subsides », terme juridiquement employé pour désigner une aide financière périodique : RASSAT, *Juris-Classeur Pénal*, Art. 225-5 à 225-12, Fasc. 20, Proxénétisme, n° 34.

²⁶⁵. *Crim.*, 27 févr. 1864, *S.* 1864, 1, p. 341 ; *Crim.*, 4 avr. 1919, *Bull. crim.* n° 87 ; *Crim.*, 17 oct. 1936, *D.H.* 1936, p. 542 ; Poitiers, 16 août 1940, *D.C.* 1941, p. 78, Lebrun ; *Crim.*, 24 mars 1944, *Bull. crim.* n° 83, *D.A.* 1944, p. 75, *Gaz. Pal.* 1944, 1, p. 254 ; *Crim.*, 3 mars 1971, n° 70-90.333, *Bull. crim.* n° 73, *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 362 ; *Crim.*, 14 déc. 1987, n° 86-94.292, *Bull. crim.* n° 456 ; *Crim.*, 5 déc. 1991, n° 90-86.162, inédit, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 178, Doucet ; *Crim.*, 8 déc. 1993, n° 93-81.669, *Bull. crim.* n° 379.

²⁶⁶. Plus le nombre d'actes nécessaires est petit, plus les chances de retenir l'habitude sont grandes : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 196, n° 186.

²⁶⁷. Une telle exigence de régularité n'est pas des plus faciles à apprécier entre seulement de deux actes. D'ailleurs, la jurisprudence semble considérer que le temps qui sépare les actes est sans incidence, retenant l'habitude, non seulement lorsque les actes sont rapprochés, mais également lorsque les actes sont éloignés. Sur ce point : POLLAUD-DULIAN, « L'habitude en droit des affaires », *Mélanges Sayag*, Litec, 1997, p. 349 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 263, n° 352.

²⁶⁸. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 197, n° 186.

l'espace, l'auteur des actes n'ayant concrètement pas la possibilité de commettre chacun d'entre eux dans un pays différent.

2 – La déduction implicite

125.- L'appréciation de l'habitude au regard de ces deux conditions, de nombre et de temps, rend les hypothèses d'extranéité d'un acte peu probables, mais pas impossibles. Si d'aventures, à proximité d'un Etat limitrophe à la France par exemple, les actes du comportement étaient réalisés de chaque côté de la frontière, l'un sur le sol national, l'autre en pays étranger, l'infraction d'habitude pourrait-elle être réputée commise sur le territoire de la République ?

126.- Bien que la question ne se soit jamais présentée en jurisprudence, la doctrine s'est beaucoup prononcée sur le critère de rattachement d'une infraction d'habitude. Comme pour l'infraction complexe, et peut-être même encore plus, les avis sont partagés. Soit les auteurs prescrivent la réunion des deux actes en France²⁶⁹, soit ils préconisent au moins la sélection du second acte sur le sol national²⁷⁰, soit ils prônent la prise en compte de l'un quelconque des actes, dès lors que celui-ci a lieu sur le territoire de la République²⁷¹. C'est sans surprise que l'immense majorité de la doctrine²⁷² se

²⁶⁹. BERNARD, *Conflits de souveraineté en matière pénale*, Paris, 1901, p. 33 ; GARRAUD, *Précis de droit criminel, Explication élémentaire de la pratique du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Sirey, 15^e éd., 1934, p. 152, n° 60 ; LABORDE, *Précis de droit pénal français*, Montane, 3^e éd., 1911, p. 141, n° 202 ; ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Plon, 5^e éd. 1886, p. 434, n° 955 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 210, n° 229 ; RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 237, n° 202.

²⁷⁰. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 228, n° 258 ; FAUSTIN-HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon, 2^e éd., 1866, n° 1676 ; NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, Pichon, 1896, n° 162 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 192, n° 221 ; VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, Paris, 5^e éd., 1891, p. 130.

²⁷¹. BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 203, n° 195 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 929, n° 1639 ; TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 217, n° 158.

²⁷². DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 169 ; DESPORTES et LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 357, n° 392 ; HUET et KÆRING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005, p. 221, n° 131 ; KOLB et LETURMY, *Droit pénal général*, Gualino, 9^e éd., 2014, p. 173, n° 134 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 324, n° 270 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 203, n° 188 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, n° 297, et p. 621, n° 490 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 349, n° 374 ; RENOUT, *Droit pénal général*, Paradigme, 16^e éd., 2012, p. 81 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1947, p. 1394, n° 904 bis, note 1.

rallie à la dernière opinion, moins parce qu'elle y voit la meilleure option, mais parce qu'elle sait que seule pareille solution obtiendra les faveurs d'une juridiction²⁷³.

127.- En présence d'une infraction d'habitude dont un acte seulement, quel qu'il soit, serait réalisé en France, il est grandement permis de présager que la jurisprudence considèrerait celle-ci comme réputée commise sur le territoire de la République. Une telle supposition repose sur deux arguments, l'un juridique, l'autre politique.

Juridiquement, d'une part, la jurisprudence dispose d'un fondement textuel. Déjà avant la réforme du Code pénal, deux dispositions permettaient de retenir comme critère de localisation d'une infraction d'habitude, l'un quelconque des actes du comportement, un texte spécial, l'ancien article 334-1 du Code pénal, et un texte général, l'ancien article 693 du Code de procédure pénale. L'ancien article 334-1 du Code pénal énonçait *in fine* : « *les peines prévues à l'article 334 [...] seront prononcées, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs des infractions auraient été accomplis dans des pays différents* ». Certes, les développements qui précèdent ont souligné que, lors de l'entrée en vigueur de l'ancien article 334-1 du Code pénal²⁷⁴, le proxénétisme au moyen d'une embauche prévu par l'ancien article 334 du même code, ne consistait plus en une infraction d'habitude. Cependant, le texte contenait d'autres formes de proxénétisme, qui elles exigeaient l'habitude. Certaines infractions d'habitude pouvaient donc être rattachées au sol national par n'importe quel acte du comportement, sur le fondement de l'ancien article 334-1 du Code pénal. L'ancien article 693 du Code de procédure pénale énonçait quant à lui : « *est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* ». Toutes les infractions, dont les infractions d'habitude, pouvaient donc être rattachées au sol national par n'importe quel acte du comportement, sur le fondement de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale²⁷⁵. Depuis la réforme du Code pénal, une disposition permet de retenir comme critère de localisation d'une infraction d'habitude, l'un quelconque des actes du comportement, l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, dont le contenu n'est plus à rappeler. Le texte actuel est venu

²⁷³. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 203, n° 188.

²⁷⁴. L'ancien article 334-1 du Code pénal a été créé en 1958 (Ord., n° 58-1298, 23 déc. 1958, *JO* 24 déc.).

²⁷⁵. L'ancien article 334-1 du Code pénal et l'ancien article 693 du Code de procédure pénale ayant été créés par la même ordonnance (Ord., n° 58-1298, 23 déc. 1958, *JO* 24 déc.), la disposition spéciale du Code pénal faisait doublon avec la disposition générale du Code de procédure pénale.

remplacer les deux précédents. Inséré dans la partie générale du Code pénal, l'article s'applique à toutes les infractions²⁷⁶, donc notamment aux infractions d'habitude.

Politiquement, d'autre part, la jurisprudence recherche le rayonnement de la loi pénale française. A cette fin, les juridictions répressives confèrent une interprétation particulièrement extensive de la notion de « fait constitutif » contenue à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, et par conséquent érigent la moindre parcelle de matérialité en critère de localisation potentiel d'une infraction. Cette politique expansionniste et opportuniste a déjà été mise en œuvre, notamment concernant les infractions matérielles et les infractions complexes, et il serait surprenant, et presque anormal, qu'il en soit autrement pour les infractions d'habitude. En effet, la logique voudrait que l'artifice de localisation retenu à l'égard de deux actes différents, soit étendu à l'encontre de deux actes identiques, et donc que l'infraction d'habitude subisse le même sort que son homologue composite, l'infraction complexe.

Quand bien même l'hypothèse ne s'est encore jamais présentée en pratique, il semble néanmoins possible, d'un point de vue purement théorique, de supposer, voire d'affirmer, qu'une infraction d'habitude peut être localisée en France dès lors qu'un acte du comportement, le premier comme le second, est réalisé sur le territoire de la République. A l'instar de l'infraction complexe, l'infraction d'habitude, peut donc faire l'objet d'une localisation détachée de la consommation, afin que chacun des actes du comportement, pris séparément, puisse servir de critère de rattachement. Paradoxalement, un tel isolement des actes débouche sur l'étirement du comportement.

Section II – L'étirement du comportement

128.- Parler d'étirement du comportement à propos d'une infraction composite réputée commise sur le territoire de la République, peut paraître singulier, voire erroné. Certes, lorsque les deux actes formant le comportement d'une infraction composite sont réalisés dans un pays différent, l'un en France, l'autre à l'étranger, la matérialité de cette dernière se retrouve écartelée entre deux territoires, et il est alors évident que le

²⁷⁶. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, n° 297. Dans le même ordre d'idée, c'est depuis qu'elle figure dans cette même partie générale, à l'article 121-2 du Code pénal, que la responsabilité pénale des

comportement de l'infraction en cause fait l'objet d'un étirement dans l'espace. Cependant, la localisation en France fondée sur l'extension de territorialité a justement pour objectif et pour résultat d'ignorer un tel éclatement géographique, en faisant comme si tout le comportement est commis en France, alors qu'un des actes de ce dernier est accompli à l'étranger. En d'autres termes, la matérialité d'une infraction composite, parfois répandue sur des territoires différents en vertu des circonstances de réalisation, est souvent ramenée sur le territoire national en vertu d'un artifice de localisation, si bien qu'il est plutôt question d'un rapatriement du comportement en France, que d'un étirement du comportement dans l'espace.

Toutefois, considérer, lorsqu'une infraction composite est localisée sur le territoire de la République à partir d'un seul de ses actes réalisé en France, que le comportement fait l'objet d'un étirement, n'est pas inexact pour autant. Simplement, il ne s'agit pas d'un étirement dans l'espace, mais d'un étirement dans le temps. En effet, toute infraction en général, donc *a fortiori* une infraction composite en particulier, connaît une dimension géographique, mais s'inscrit aussi dans une configuration chronologique. A l'instar de l'aspect spatial, l'aspect temporel de l'infraction en cause peut connaître une évolution à la suite de la localisation de cette dernière, pas dans le sens d'une concentration, mais dans le sens d'une prolongation. A ce stade des développements, il n'est plus à démontrer que la localisation entretient des « liaisons dangereuses » avec la consommation, dans la mesure où celle-ci, non seulement outrepassé le moment final de la consommation, mais également atténue le schéma global de la consommation. Un tel constat a déjà été opéré concernant l'infraction matérielle, le fait de ne pas limiter le critère de localisation au seul résultat rapprochant sensiblement la structure d'une infraction de résultat à celle d'une infraction de comportement²⁷⁷. Malheureusement, les répercussions néfastes de la localisation sur la consommation ne s'arrêtent pas là, la première ne se contentant pas d'atténuer la seconde, mais allant jusqu'à l'altérer. C'est notamment le cas pour l'infraction composite, la localisation transformant la durée de la consommation de cette dernière. La consommation, instantanée ou continue, selon le texte d'incrimination (§ I), se voit adjoindre de la continuité par l'artifice de localisation (§ II).

personnes morale s'applique pour toutes les infractions, et n'a plus à être prévue au cas par cas dans chaque texte d'incrimination.

²⁷⁷. *Supra*, n° 45.

I – La durée imposée par l’incrimination

129.- Si une infraction peut varier dans ses modalités, en sollicitant plus ou moins d’actes pour se former, cette dernière peut tout autant varier dans sa durée, en nécessitant plus ou moins de temps pour se commettre. Les manifestations temporelles d’une infraction se résument à deux possibilités. Cependant, derrière l’apparente simplicité des définitions d’un point de vue abstrait (A), se cache l’étonnante complexité des applications sur un terrain concret (B).

A – La dualité des configurations théoriques

130.- La consommation d’une infraction s’extériorise dans le temps de deux façons. Soit la consommation se réduit à un moment très court, et l’infraction est dite instantanée. Dans cette première hypothèse, le comportement ne dure qu’un « *trait de temps* »²⁷⁸, par un acte où commencement et fin se confondent, si bien que le temps de la consommation ne peut pas être plus petit²⁷⁹. Soit la consommation s’inscrit dans un état plus long, et l’infraction est dite continue. Dans cette seconde hypothèse, le comportement se prolonge dans le temps, ou plus exactement a vocation à s’étendre dans le temps, de sorte que la durée de la consommation peut être plus ou moins grande, sans que l’infraction perde son caractère continu pour autant.

La consommation d’une infraction composite, quelle que soit la nature de ses actes, différents ou identiques, répond à l’une ou l’autre de ces configurations temporelles. Les combinaisons possibles sont donc au nombre de quatre, une infraction complexe pouvant être instantanée ou continue, et une infraction d’habitude pouvant pareillement être instantanée ou continue.

131.- Conformément au principe de légalité, et à l’instar des modalités, la durée d’une infraction est fixée par le législateur. Ce dernier décide, non seulement combien d’actes, mais également combien de temps requiert la consommation.

²⁷⁸. L’expression est fréquemment employée en doctrine, mais pour un auteur elle est inappropriée, le vocable « trait » renvoyant à l’idée de continuité, et non d’instantanéité : SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 327, note 464.

Si la pluralité décrétée par le législateur est nettement repérable, à travers l'énumération du nombre de composantes pour l'infraction complexe, et l'utilisation du mot « habitude » ou l'un de ses dérivés pour l'infraction d'habitude, en revanche la durée souhaitée par celui-ci est moins facilement décelable, faute d'indice dans le texte d'incrimination. En effet, le législateur n'indique jamais expressément si une infraction est instantanée ou continue. L'unité de temps attribuée à chaque infraction ne peut que se déduire de la durée renfermée par l'action ou l'inaction décrite au titre du comportement. Par exemple, le vol, défini comme « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* » (*C. pén.*, art. 311-1), revêt un caractère instantané²⁸⁰, un acte d'appréhension étant très bref en soit. A l'inverse, le recel, défini notamment comme la détention d'une chose en connaissance de sa provenance délictueuse (*C. pén.*, art. 321-1), reçoit un caractère continu²⁸¹, l'acte de détention pouvant être plus ou moins long.

La détermination du temps de consommation d'une infraction selon un tel procédé s'avère relativement aisé à propos des infractions simples, composées d'un seul acte, mais sensiblement plus ardue concernant les infractions composites, formées de plusieurs actes. En effet, la pluralité exigée au titre des modalités vient brouiller les pistes en termes de durée, ce qui rend l'identification du caractère instantané ou continu d'une infraction complexe ou d'habitude particulièrement laborieuse.

B – Les difficultés de manipulation pratique

132.- Contrairement aux idées reçues, la pluralité de composantes au sein de leur comportement ne rend pas les infractions complexes et d'habitude obligatoirement continues (1), mais majoritairement instantanées (2).

²⁷⁹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 204, n° 191.

²⁸⁰. COURTIN, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Prescription, n° 20 ; LUCAS DE LEYSSAC, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Vol, n° 253 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 205, n° 192 ; RËTS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Classification des infractions, n° 47.

²⁸¹. COURTIN, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Prescription, n° 20 ; MAISTRE DU CHAMCON, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Recel, n° 86 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 208, n° 193 ; RËTS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Classification des infractions, n° 47.

I – La confusion avec la continuité

133.- En raison de sa matérialité plurielle, une infraction composite, qu'elle soit complexe ou d'habitude, est fréquemment rangée dans la catégorie des infractions continues²⁸². Une telle association entre pluralité au titre des modalités, et continuité en termes de durée, trouve son explication dans le raisonnement suivant : la réalisation de deux actes requérant logiquement plus de temps que celle demandée pour un seul acte, toute infraction composite est continue, et toute infraction simple est instantanée. Il ne fait aucun doute qu'un tel schéma est bien trop simpliste pour être exact. La preuve en est, il existe des infractions simples et continues, comme des infractions composites et instantanées. En réalité, la connexion établie entre le nombre d'actes et le temps de l'infraction, unicité et instantanéité d'une part, et pluralité et continuité d'autre part, provient de la confusion opérée entre la consommation et l'exécution, deux notions voisines, mais néanmoins distinctes.

134.- L'assimilation entre la consommation et l'exécution provient de l'absence de définition précise de la consommation²⁸³, et l'absence de définition tout court de l'exécution. La consommation n'a jamais fait l'objet d'une définition précise pour des raisons quelque peu ambivalentes. Cette notion, absolument centrale en droit pénal, est considérée à la fois comme simple et compliquée. Simple, parce qu'avec une approche très en surface, elle relève de l'évidence. Sans consommation il n'y a pas d'infraction, si bien que la consommation n'est rien d'autre que l'infraction, c'est-à-dire la réunion des éléments constitutifs de cette dernière²⁸⁴. Compliquée, parce qu'après une analyse en

²⁸². BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 196, n° 185 ; GROUBER, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, Thèse Paris, 1915, n° 140 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, n° 297 ; ORTOLAN, « Des délits continus, autrement dits successifs, et des délits d'habitude », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854, p. 323 ; PERREAU, *De la notion de délit continu en doctrine et en jurisprudence*, Les travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris, 1924, p. 36 ; TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 218, n° 159. Les auteurs considèrent qu'une infraction continue englobe, non seulement un acte qui se prolonge dans le temps, mais également plusieurs actes qui se succèdent dans le temps. La confusion transparait dans l'appellation de l'infraction, indifféremment désignée sous les termes d'infraction continue ou successive.

²⁸³. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 221, n° 251.

²⁸⁴. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, 2^e éd., 1922, n° 140 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 502, n° 236 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 183, n° 175, note 1.
; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 218, n° 248.

profondeur, elle se révèle mouvante. A chaque infraction correspond sa consommation, de sorte que la consommation n'est pas qu'un concept générique, mais une notion dynamique à l'intérieur de laquelle s'entremêlent de nombreux paramètres, à commencer par celui de la durée. L'exécution, quant à elle, ne fait l'objet d'aucune définition. Plus exactement, l'exécution fait l'objet d'une définition en creux, d'une définition négative : l'exécution est ce que n'est pas la consommation²⁸⁵. Par conséquent, il s'avère particulièrement difficile de départager deux notions, elles-mêmes peu circonscrites, surtout lorsque ces dernières sont doublement proches, non seulement sur le plan terminologique, mais également sur le plan chronologique.

Sur le plan terminologique, d'une part, la consommation et l'exécution se désignent au moyen de termes identiques. En effet, la consommation consiste en l'« *action d'amener une chose à son plein accomplissement* »²⁸⁶, et l'exécution n'est autre que l'« *action de passer à l'acte, à l'accomplissement* »²⁸⁷. Par conséquent, la consommation et l'exécution sont toutes les deux une forme d'accomplissement de quelque chose, et appliquées à l'infraction, renvoient à l'idée commune de réalisation de l'infraction. En quelque sorte, la consommation de l'infraction et l'exécution de l'infraction consisteraient l'une comme l'autre en la perpétration du comportement incriminé, sans qu'il soit véritablement possible de distinguer clairement ce qui relève de la première ou de la seconde. La doctrine elle-même emploie fréquemment un vocable à la place de l'autre, plus souvent par souci de rédaction, afin d'éviter une répétition, que par désir de confusion, afin de montrer qu'elle tient les notions pour synonyme. Un exemple peut être tiré de la définition de l'infraction instantanée. Pour décrire cette infraction dont la consommation requiert une durée extrêmement réduite, les auteurs recourent à une formule faisant référence à l'exécution : « *l'infraction qui se consomme de façon instantanée est une infraction qui s'exécute en un trait de temps* »²⁸⁸. D'ailleurs, la dimension temporelle dans laquelle s'inscrivent la consommation et l'exécution, incarne la seconde source de confusion entre les deux notions.

²⁸⁵. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 214, n° 240 : « *la consommation et l'exécution se distinguent par le moment où le législateur décide de considérer une infraction comme consommée* ».

²⁸⁶. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Consommation.

²⁸⁷. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Exécution.

²⁸⁸. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 621, n° 490 ; ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 208.

Sur le plan chronologique, d'autre part, la consommation et l'exécution se succèdent de façon immédiate dans le temps. En effet, dans la multitude des comportements humains, tous ne tombent pas sous le coup de la loi pénale. Pour distinguer entre ce qui est simplement condamnable moralement, et ce qui est véritablement punissable pénalement, il convient de situer l'agissement litigieux sur l'*iter criminis*, ou chemin du crime²⁸⁹. Ce dernier se décompose en cinq étapes, la pensée criminelle, la résolution criminelle, les actes préparatoires, l'exécution, la consommation²⁹⁰, et c'est seulement à compter de l'exécution²⁹¹ qu'intervient la répression. Pour être répréhensible juridiquement, l'acte incriminé doit être parvenu à l'un des deux derniers stades de l'*iter criminis*, soit avoir amorcé la phase d'exécution, soit être arrivé à la phase de consommation²⁹². Dans la mesure où la consommation et l'exécution incarnent deux stades qui se suivent immédiatement dans le temps, de surcroît impossibles à différencier au regard de leurs effets, la consommation comme l'exécution pouvant engendrer la répression, la frontière entre les deux notions s'avère nécessairement difficile à tracer.

135.- La différenciation entre la consommation et l'exécution est certes difficile, mais néanmoins pas impossible²⁹³. Et la séparation entre les deux notions s'éclaircit une fois intégré le fait que la distinction entre les deux notions n'est pas de nature, mais de degré. L'exécution comme la consommation, consistent en la réalisation de l'infraction. Que l'infraction soit au stade de l'exécution ou à celui de la consommation, c'est que l'auteur a entrepris de commettre les éléments constitutifs de l'infraction. Par conséquent, la différence entre l'exécution et la consommation s'effectue au regard du niveau d'avancement de la réalisation. Dans l'exécution, la réalisation est en cours, tous

²⁸⁹. La segmentation entre les étapes successives du crime et les traitements différents qui en résultent, date de l'époque romaine. Sur ce point : AINE et ARMAND, *Dalloz Rép. jur. gén.*, v° Tentative, n° 6 ; GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain : contribution à l'étude de la subjectivité répressive à Rome*, Thèse Lyon, 1968 ; HUMBERT, *De la tentative en droit criminel romain*, Thèse Toulouse, 1863 ; MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, Bibliothèque nationale de France, 1992.

²⁹⁰. Certains auteurs considèrent que la consommation n'appartient pas à l'*iter criminis* : AINE et ARMAND, *Dalloz Rép. jur. gén.*, v° Tentative, n° 3. *Contra* : BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 220, n° 230 ; DESPORTES et LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 412, n° 449.

²⁹¹. Sous réserve des conditions de la tentative (*C. pén.*, art. 121-5).

²⁹². L'article 121-4 du Code pénal dispose : « est auteur de l'infraction la personne qui : 1° commet les actes incriminés ; 2° tente de commettre un crime ou [...] un délit », la tentative n'étant autre que la répression, sous certaine condition, de l'exécution.

les éléments constitutifs ne sont pas encore réunis, alors que dans la consommation, la réalisation est arrivée à terme, tous les éléments constitutifs sont enfin réunis²⁹⁴. En d'autres termes, dans la phase d'exécution, l'infraction est en train de se former progressivement, alors qu'au stade de la consommation, l'infraction vient de se former définitivement. Finalement, et c'est que la confusion peut s'introduire, la consommation n'est ni plus ni moins qu'une exécution entièrement aboutie, une exécution totale. C'est la raison pour laquelle, par souci de précision, et afin d'éviter toute confusion, il convient de conserver les deux vocables, l'exécution pour l'accomplissement en cours de l'infraction, et la consommation pour l'achèvement final de cette dernière.

Si la distinction entre l'exécution et la consommation est subtile d'un point de vue théorique, elle n'en est pas moins réelle sur un terrain pratique. Les deux notions, que les définitions conceptuelles ont tendance à rapprocher, peuvent avoir des manifestations concrètes éloignées. Par exemple, il ne peut pas y avoir de consommation sans exécution avant, mais il peut y avoir exécution sans consommation ensuite²⁹⁵. De plus, pour une même infraction, la durée de l'exécution peut être variable, alors que la durée de la consommation est intangible²⁹⁶. En effet, une infraction peut se consommer, soit de façon instantanée, soit de façon continue. Mais une fois que l'infraction est affiliée à l'une ou l'autre de ces unités de temps, sa consommation ne peut jamais en changer : si l'infraction est instantanée, sa consommation sera toujours instantanée, et si

²⁹³. Sur la distinction : TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 217, n° 245.

²⁹⁴. La frontière entre l'exécution et la consommation correspond donc au moment précis où tous les éléments constitutifs se rencontrent, plus exactement à l'instant très court où le dernier élément vient s'ajouter aux précédents.

²⁹⁵. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 237, n° 320. Selon l'auteur le fait que la consommation soit subordonnée à l'exécution rend l'expression « consommation de l'infraction » inexacte : « en réalité, ce n'est pas une infraction qui se consomme, mais sa seule exécution. [En effet,] puisque c'est la consommation qui donne naissance à l'infraction parfaite, la consommation ne peut pas avoir pour objet l'infraction elle-même ». Une telle nuance transparait à l'article 203 du Code de procédure pénale, qui dispose : « les infractions sont connexes, soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées ».

²⁹⁶. C'est pourquoi la classification fondée sur le temps des infractions fait référence, non pas à la durée de l'exécution, mais à celle de la consommation. En effet, une classification basée sur la durée des infractions n'est utile que si la durée est constante. De plus, une classification basée sur la durée des infractions n'est possible que si l'infraction existe. Or, une infraction ne voit le jour qu'à compter de la consommation, lorsqu'elle est complètement formée, mais pas pendant l'exécution, lorsqu'elle est seulement en train de se former.

l'infraction est continue, sa consommation sera toujours continue. Si la durée de la consommation d'une infraction est invariable, en revanche la durée d'exécution de cette dernière peut changer. Selon les circonstances, son exécution peut être, soit instantanée, soit continue. Par conséquent, une même infraction peut renfermer des temps d'exécution et de consommation divergents. Le vol se consomme toujours instantanément, mais peut s'exécuter de façon instantanée ou continue selon les circonstances. En effet, entre le vol à l'étalage, où la chose convoitée est facilement accessible, et le vol d'un coffre fort, où cette dernière est solidement enfermée, l'auteur du délit met plus ou moins de temps à s'emparer de l'objet litigieux. Et pourtant, dans un cas comme dans l'autre, le vol est formé au même moment, à l'instant précis où l'auteur s'empare de la chose, quel que soit le temps mis par celui-ci pour s'en emparer. Le meurtre peut reproduire exactement le même schéma, se consommant toujours instantanément par le passage de la vie à la mort, mais s'exécutant, parfois très rapidement, parfois plus longuement, selon le type de coup porté.

136.- La distinction étroite entre l'exécution et la consommation explique la confusion fréquente entre l'exécution d'une infraction composite et la consommation de celle-ci.

Certes, la pluralité d'actes dans le comportement implique vraisemblablement une exécution continue. Une exécution instantanée semble difficilement concevable, dans la mesure où réaliser deux actes, voire plus, demande nécessairement un certain moment, et non un très court instant²⁹⁷. Il en va ainsi lorsque les actes sont différents, dans l'infraction complexe, mais surtout lorsque les actes sont identiques, dans l'infraction d'habitude. En effet, pour être caractérisée, l'habitude requiert, la répétition d'une part, et la régularité d'autre part. Cette seconde condition signifie que les actes doivent, non seulement ne pas être trop espacés, sous peine de rompre le schéma de l'habitude, mais également ne pas être trop « ramassés »²⁹⁸, sous peine de correspondre à une autre notion, la réitération²⁹⁹. Et ce qui n'est pas rapproché dans le temps s'installe dans la durée, ce qui constitue la marque même de la continuité.

²⁹⁷. *Contra* : SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 266, n° 356 (pour l'infraction d'habitude), et p. 319, n° 429 (pour l'infraction complexe). Selon l'auteur, l'exécution d'une infraction composite, qu'elle soit complexe ou d'habitude, n'est jamais continue, mais toujours instantanée, raison pour laquelle les infractions composites ne connaissent pas de tentative punissable, le commencement d'exécution imposant une exécution continue (p. 238, n° 322 ; p. 287, n° 379).

²⁹⁸. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 197, n° 186.

²⁹⁹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 197, n° 186. Selon l'auteur, les notions d'habitude et de réitération sont proches mais ne se confondent pas, « l'habitude [étant] le produit de la

Cependant, la continuité dans l'exécution due à la pluralité d'actes dans le comportement n'impose pas obligatoirement une consommation continue. Les développements qui précèdent ont démontré que, d'une part, la consommation ne se confond pas avec l'exécution, pour incarner une étape différente, et d'autre part, la consommation n'emprunte pas son « temps » à l'exécution, pour renfermer une durée autonome³⁰⁰. Par conséquent, l'exécution continue, inhérente à la pluralité d'actes, ne s'accompagne pas nécessairement d'une consommation continue. Affirmer qu'une infraction qui exige plusieurs actes ne doit pas automatiquement être considérée comme une infraction qui perdure dans le temps, ne signifie pas qu'une infraction composite n'est jamais continue, mais simplement qu'une infraction composite n'est pas toujours continue. Une infraction composite peut donc se consommer, aussi bien de façon instantanée que de façon continue. La durée de la consommation, à défaut d'être expressément indiquée par le législateur, dépend de l'interprétation imposée par la jurisprudence ou proposée par la doctrine. Si certains arrêts ont déjà reconnu qu'une infraction composite pouvait être continue³⁰¹, quelques auteurs estiment au contraire qu'une infraction composite ne peut être qu'instantanée.

2 – La propension à l'instantanéité

137.- Paradoxalement, si pour la majorité des auteurs, la pluralité d'actes au sein du comportement confère automatiquement un caractère continu à l'infraction composite, pour une minorité d'entre eux, cette même structure à composantes multiples engendre obligatoirement la consommation instantanée de l'infraction complexe ou d'habitude³⁰². Trois arguments sont avancés pour justifier la durée très restreinte de

constance, la réitération le résultat de l'insistance ». Par exemple, les appels téléphoniques malveillants (C. pén., art. 222-16) et les menaces (C. pén., art. 222-17) exigent la réitération, et non l'habitude.

³⁰⁰. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 345, n° 471. *Contra* : GARÇON, *Etude sur les délits continus ou successifs*, Journal du ministère public et du droit criminel, 1914, p. 97.

³⁰¹. Sous son ancienne écriture, le délit de tenue d'une mais de prêt sur gage était considéré, non seulement comme une infraction d'habitude (Crim., 8 oct. 1906, *Bull. crim.* n° 372, *D.* 1908, 1, p. 143), mais également comme une infraction continue (Dakar, 7 juill. 1955, *D.* 1956, p. 64, Larguier ; Crim., 28 nov. 1957, *Bull. crim.* n° 783).

³⁰². SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 347, n° 474 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 226, n° 260.

l'infraction composite : la neutralité pénale d'un acte seul, l'interversion possible de deux actes, et la répétition probable de tous les actes.

138.- Selon un premier argument, une infraction composite serait forcément instantanée, au motif qu'un acte du comportement, seul, est neutre pénalement. En effet, une infraction, qu'elle soit complexe ou d'habitude, ne se consomme jamais à travers un acte isolé, mais toujours au moyen de deux actes réunis. Par conséquent, seules deux hypothèses sont envisageables, selon qu'il y a cumul ou pas entre les actes³⁰³. Soit il n'y a pas cumul des actes, et l'infraction composite ne se forme pas, auquel cas la question de la durée de sa consommation ne se pose pas, puisqu'il n'y a pas consommation. Soit il y a cumul des actes, et l'infraction composite se forme à cet instant précis, auquel cas la durée de la consommation est instantanée, puisqu'elle n'a mis que le temps de la rencontre du second acte avec le premier. Pour résumer, soit l'infraction composite n'existe pas du tout, soit l'infraction composite existe instantanément. Un tel raisonnement est loin d'être erroné, mais toutefois incomplet. Il est tout à fait normal de considérer qu'une infraction complexe ou d'habitude se forme instantanément par la réunion des deux actes du comportement. Cependant, s'arrêter à ce constat, et en déduire que, parce que l'infraction composite se forme instantanément, la consommation de cette dernière est donc instantanée, revient à confondre le moment et la durée de la consommation.

La phase de consommation, au même titre que toutes les phases de l'*iter criminis* d'ailleurs, comprend en réalité deux sous phases, le moment de la consommation, et la durée de la consommation. Toute phase, quelle qu'elle soit, suppose un moment pour y entrer, puis une durée pour y rester. Appliqué à la consommation d'une infraction, cela implique de distinguer, d'une part, l'instant où l'infraction bascule dans la consommation, c'est-à-dire le moment de la consommation, et d'autre part, le temps pendant lequel l'infraction demeure dans la consommation, c'est-à-dire la durée de la consommation³⁰⁴. Le moment de la consommation correspond à l'instant où l'infraction

³⁰³. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 348, n° 474.

³⁰⁴. La distinction entre le moment et la durée de la consommation n'est pas purement théorique, mais présente un intérêt pratique au regard de la répression. Le moment de la consommation, qui correspond à la naissance de l'infraction, indique que la répression peut intervenir, donc permet le principe de la répression. La durée de la consommation, qui correspond à l'existence de l'infraction, précise comment la répression va intervenir une fois possible, donc concerne la mise en œuvre de la répression. Par exemple, pour citer le plus évident, c'est en fonction de la durée de la consommation qu'est fixé le point de départ de la prescription.

se forme. Or, une infraction se forme en un laps de temps extrêmement court, la fraction de seconde lors de laquelle la dernière composante rencontre toutes les précédentes comprises dans la définition de l'infraction³⁰⁵. Le moment de la consommation, qui n'est autre que la date de naissance de l'infraction, est donc invariablement instantané, quelle que soit l'infraction concernée. La durée de la consommation, quant à elle, correspond au temps pendant lequel l'infraction perdure. Or, une infraction peut s'inscrire plus ou moins longtemps dans la durée, dans la mesure où sa consommation peut être, soit instantanée, soit continue. La durée de la consommation, qui n'est autre que le temps d'existence de l'infraction, peut donc varier, et ce doublement, non seulement la durée renvoie à deux unités de temps possibles, mais de surcroît la durée diffère selon l'infraction en cause. Par conséquent, toute infraction possède une date de naissance très courte, mais connaît une durée d'existence plus ou moins longue. En d'autres termes, le moment de la consommation d'une infraction est toujours instantané, mais la durée de la consommation d'une infraction est, parfois instantanée, parfois continue.

Il va de soi qu'en présence d'une infraction dont la durée de consommation est instantanée, la durée et le moment de la consommation de celle-ci se confondent, ou plus exactement se chevauchent, le moment de la consommation d'une infraction étant quant à lui nécessairement instantané. Toutefois, le fait que le moment de la consommation soit instantané ne signifie pas que la durée de la consommation l'est également³⁰⁶. Pas plus que l'exécution continue d'une infraction composite ne rend la consommation de cette dernière automatiquement continue, le fait que le moment d'entrée dans la consommation d'une infraction composite soit instantané ne signifie pas que la durée de consommation de cette dernière est obligatoirement instantanée. C'est pourtant ce qui ressort du raisonnement exposé ci-dessus, lorsqu'il est affirmé que la durée de consommation d'une infraction composite est toujours instantanée parce que cette dernière se forme instantanément au moment du cumul des deux actes du comportement. Le nombre d'actes d'une infraction composite a une incidence sur le moment de sa

³⁰⁵. Le moment de la consommation correspond à l'instant précis où toutes les composantes de l'infraction sont réunies. Ce dernier est instantané, non pas parce que toutes les composantes de l'infraction sont réalisées en même temps, mais parce que la rencontre de la dernière composante avec les précédentes ne prend qu'un instant. Le fait que les composantes précédentes apparaissent progressivement dans le temps correspond à la phase d'exécution, qui peut être continue. Mais le fait que la dernière composante s'ajoute aux précédentes cristallise l'entrée dans la phase de consommation, qui ne peut être qu'instantanée.

³⁰⁶. Dans le cas contraire, le moment de la consommation étant toujours instantané, la durée de la consommation serait elle aussi toujours instantanée, et la classification fondée sur la durée des infractions, entre infraction instantanée et infraction continue, n'aurait pas lieu d'être.

consommation, celui-ci étant subordonné à la réunion de tous les actes du comportement, mais le nombre d'actes d'une infraction composite n'a aucune conséquence sur la durée de sa consommation. Une fois formée, quel que soit le nombre d'actes nécessaires à sa formation, une infraction composite peut tout aussi bien durer peu de temps ou très longtemps. Par conséquent, il n'existe aucune corrélation entre la pluralité d'actes et la durée d'une infraction composite, qui empêcherait cette dernière de renfermer une durée de consommation continue.

139.- Selon un deuxième argument, une infraction composite serait forcément instantanée, au motif que deux actes du comportement peuvent s'inverser indifféremment. Par exemple, une infraction composite dont le comportement exigerait la réunion d'un acte instantané et d'un acte continu pourrait éventuellement être considérée comme continue dans l'hypothèse où l'acte continu serait réalisé en dernier, mais ne pourrait plus être analysée comme telle dans l'hypothèse inverse où l'acte continu serait réalisé en premier, et donc l'acte instantané en dernier. Or, le principe de légalité interdit qu'une infraction puisse alternativement se consommer de façon instantanée ou continue selon le contexte de réalisation. Par conséquent, pour des raisons tenant, non seulement à la prévisibilité répressive de toute infraction en général, mais également à la particularité structurelle de l'infraction composite en particulier, une infraction composite se consomme nécessairement instantanément. Un tel raisonnement transparaît sous la plume de Laurent SAENKO, à propos de la filouterie d'hôtel (*C. pén.*, art. 313-5, 2°), infraction complexe composée d'un acte instantané consistant à se faire attribuer une chambre, et d'un acte continu consistant à occuper la chambre³⁰⁷.

Cependant, l'argument ne tient pas pour trois raisons. D'abord, l'inversion entre les actes d'une infraction complexe³⁰⁸ n'est certes pas impossible, mais néanmoins peu probable. L'inversion n'est pas impossible, puisque les actes du comportement ne s'inscrivent pas dans un rapport de causalité, qui leur imposerait un ordre précis, mais sont unis par un simple lien de matérialité, qui leur autorise un ordre quelconque³⁰⁹. Toutefois, l'inversion est peu probable, car l'ordre d'énumération des actes tel qu'il

³⁰⁷. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 316, n° 427.

³⁰⁸. La question ne se pose pas concernant l'infraction d'habitude, dans la mesure où tous les actes sont identiques.

³⁰⁹. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 319, n° 429.

ressort du texte d'incrimination correspond généralement à une logique pratique, donc chronologique, dans la réalisation. Pour reprendre l'exemple de la filouterie d'hôtel, il est difficilement concevable pour une personne de pouvoir occuper une chambre sans se l'être fait attribuer auparavant. D'ailleurs, dans le cas contraire, l'occupation d'une chambre sans attribution préalable constituerait, non pas une filouterie d'hôtel, mais une violation de domicile. Ensuite, le dernier acte d'une infraction composite peut difficilement recevoir une exécution continue. En effet, dans la mesure où l'apparition du dernier acte fait immédiatement basculer l'infraction de la phase d'exécution à la phase de consommation, le dernier acte ne peut pas continuer à être exécuté alors que la consommation a commencé. L'affirmation se vérifie pour l'exemple de la filouterie d'hôtel. Certes, l'occupation de la chambre a vocation à se prolonger, puisqu'elle doit s'étaler sur plusieurs jours sans pour autant excéder dix jours. Mais l'occupation de la chambre n'est pas le dernier acte du comportement, celui-ci consistant dans le fait de ne pas payer le prix de la chambre³¹⁰. La filouterie d'hôtel est donc une infraction complexe composée de trois actes, deux actions et une omission, qui elle s'exécute de façon instantanée. Enfin, il n'est pas juridiquement correct de calquer la durée de consommation d'une infraction composite sur la durée d'exécution du dernier acte de celle-ci³¹¹, dans la mesure où la consommation et l'exécution sont deux phases différentes, qui renferment une durée autonome. La durée de la consommation d'une infraction composite doit donc se déterminer au regard de l'infraction prise dans sa globalité une fois les deux actes réunis, et non en fonction du dernier acte pris isolément. Par conséquent, la durée d'exécution du dernier acte, pas plus que l'inversion entre les actes, ne peut avoir d'incidence sur la durée de consommation d'une infraction composite, qu'elle soit complexe ou d'habitude³¹².

³¹⁰. L'article 313-5, 2° du Code pénal réprime « *le fait [pour] une personne qui sait être dans l'impossibilité absolue de payer ou qui est déterminée à ne pas payer : [...] de se faire attribuer et d'occuper effectivement une ou plusieurs chambres dans un établissement louant des chambres, lorsque l'occupation n'a pas excédé dix jours* ».

³¹¹. Paradoxalement, ce sont les mêmes auteurs, qui initialement opèrent la distinction entre la consommation et l'exécution, pour démontrer qu'une infraction composite n'est pas automatiquement continue, et qui finalement retombent dans la confusion entre les deux notions, pour affirmer qu'une infraction composite est obligatoirement instantanée.

³¹². La filouterie d'hôtel citée en exemple est une infraction complexe, mais la question se poserait dans les mêmes termes à propos d'une infraction d'habitude. Le comportement de cette infraction composite consiste en deux actes identiques, mais rien n'empêche que l'exécution de chaque acte requière une durée différente, instantanée ou continue, selon que les circonstances de réalisation sont optimales ou difficiles pour l'auteur de l'infraction.

140.- Selon un troisième argument, une infraction serait forcément instantanée, au motif que tous les actes du comportement peuvent se répéter indéfiniment. Une infraction composite est une infraction dont le comportement se forme par la réunion de plusieurs actes. Que l'infraction soit complexe ou d'habitude, la pluralité d'actes commence à deux, mais peut s'étendre au-delà. En d'autres termes, la dualité d'actes constitue un plancher minimum, mais pas un plafond maximum. L'éventuelle incompatibilité entre la structure composite et la durée continue se cristallise dans l'hypothèse où justement, le nombre d'actes réalisés par l'auteur dépasserait le seuil de deux. Si l'infraction composite est formée dès le second acte et se consomme de façon continue à compter de celui-ci, comment d'autres actes peuvent-ils venir s'intégrer à l'infraction ? Comment une composante peut-elle se répéter à l'intérieur d'un tout qui est déjà continu ? En d'autres termes, comment peut-il y avoir répétition dans la continuité ? De prime abord, les deux notions paraissent antinomiques, dans la mesure où la répétition implique un arrêt suivi d'une reprise, là où la continuité induit une prolongation sans interruption³¹³. L'argument n'a jamais été expressément formulé par aucun auteur, et pourtant ce dernier semble le plus enclin à empêcher de concevoir qu'une infraction peut à la fois être composite et continue. En réalité, l'incompatibilité n'est qu'apparente. La décomposition entre le moment et la durée de la consommation de l'infraction composite permet de démontrer que le cumul des caractères composite et continu est certainement difficile intellectuellement, mais pas impossible juridiquement, tant pour l'infraction complexe que pour l'infraction d'habitude.

Dans l'infraction complexe, d'une part, la consommation continue se concilie tout à fait avec un nombre d'actes supérieur à deux. Les actes « en plus » peuvent se manifester de trois façons. D'abord, le nombre d'actes accomplis par l'auteur peut correspondre au nombre d'actes édictés par l'article. Le fait que l'escroquerie soit perpétuellement présentée, à tort³¹⁴, comme l'exemple type d'infraction complexe, peut

³¹³. Une telle contradiction entre la répétition et la continuité n'empêche pas certains auteurs de faire la confusion. D'ailleurs, l'infraction continue a longtemps été qualifiée d'infraction répétée ou successive : BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 196, n° 185 ; GROUBER, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, Thèse Paris, 1915, n° 140 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, n° 297, et p. 621, n° 490 ; ORTOLAN, « Des délits continus, autrement dits successifs, et des délits d'habitude », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854, p. 323 ; PERREAU, *De la notion de délit continu en doctrine et en jurisprudence*, Les travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris, 1924, p. 36 ; TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 218, n° 159.

³¹⁴. *Supra*, n° 28 ; *infra*, n° 175.

laisser penser que la pluralité exigée au titre de cette dernière se réduit à deux actes. S'il se peut que la majorité des infractions composites se contente de deux actes, néanmoins ce n'est pas la totalité, certaines pouvant exiger un nombre plus élevé. C'est le cas notamment de la filouterie d'hôtel (*C. pén.*, 313-5, 2°), qui requiert deux actions et une omission. Dans cette hypothèse, le « troisième » acte n'est pas un acte hors du comportement, mais un acte dans le comportement, et plus exactement le dernier, celui qui permet au comportement de se former entièrement. Par conséquent, le « troisième » acte marque le début de la consommation, qui peut se poursuivre de façon continue. Ensuite, le nombre d'actes accomplis par l'auteur peut dépasser le nombre d'actes édictés par l'article, les deux actes requis par l'incrimination étant suivis d'un acte correspondant à l'un ou l'autre des actes précédents. Dans cette hypothèse, le « troisième » acte, ne revêt aucune signification pénale à lui seul. Les deux premiers actes forment le comportement, mais le « troisième acte » est neutre pénalement. Par conséquent, l'infraction complexe, formée par les deux premiers actes, peut commencer à se consommer de façon continue, et peu importe que le « troisième » acte, esseulé donc non punissable, apparaisse pendant que la consommation de l'infraction complexe suit son cours. Enfin, le nombre d'actes accomplis par l'auteur peut dépasser le nombre d'actes édictés par l'article, les deux actes requis par le texte d'incrimination étant cette fois suivis, non pas d'un, mais de deux actes correspondant chacun à l'un des deux actes précédents. Dans cette hypothèse, le « troisième » et le « quatrième » actes forment une infraction complexe à eux deux, en plus de celle formée par les deux premiers actes. Ainsi, une première infraction complexe, formée par les deux premiers actes, commence à se consommer de façon continue, suivie d'une seconde infraction complexe, formée par le « troisième » et le « quatrième » acte, qui se consomme de façon continue pendant que la consommation de la première infraction complexe suit son cours. Il s'agit donc de deux infractions complexes, continues, et répétées. De par la consommation continue de chaque infraction complexe, la seconde vient chevaucher la première. Un tel cas de figure est tout à fait possible juridiquement, et d'ailleurs expressément prévu par le législateur pour certaines infractions simples et continues. Par exemple, le recel (*C. pén.*, art. 321-1) est puni de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, mais les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise « *de façon habituelle* »³¹⁵ (*C. pén.*, art. 321-2, 1°). Et

³¹⁵. Une infraction commise de façon habituelle ne doit pas être confondue avec une infraction

une infraction continue commise habituellement n'est rien d'autre que plusieurs infractions continues reproduites les unes à la suite des autres. Dans la mesure où, ce qui vaut pour une infraction simple continue, vaut pour une infraction composite continue, le nombre d'actes ne modifiant en rien le chevauchement des infractions en cause, plusieurs infractions complexes et continues peuvent se répéter³¹⁶, sans que la pluralité d'actes ne pose de difficulté avec la continuité de durée. Par conséquent, la consommation continue d'une infraction complexe ne constitue jamais un obstacle à la répétition des actes du comportement. Quel que soit le nombre d'actes dépassant le seuil traditionnel de la dualité, tous trouvent une qualification compatible avec la continuité.

Dans l'infraction d'habitude, d'autre part, la consommation continue se concilie tout aussi bien avec un nombre d'actes supérieur à deux. Sauf exception prévue par le législateur, le seuil de l'habitude est fixé par la jurisprudence à deux actes. Cependant, deux interprétations sont possibles, chacune conférant aux actes supplémentaires un rôle différent au regard de la consommation continue de l'infraction d'habitude en cause. Première interprétation, deux actes suffisent pour caractériser l'habitude, et il ne peut pas y en avoir plus³¹⁷. Dans cette hypothèse, le ou les actes excédentaires n'appartiennent pas à l'infraction d'habitude formée par les deux premiers actes, mais constituent, soit un acte non punissable si un seul acte est accompli en plus, soit une infraction d'habitude supplémentaire si deux actes sont accomplis en plus. Dans un cas comme dans l'autre, le ou les actes excédentaires ne font pas obstacle à la consommation continue de l'infraction d'habitude formée par les deux premiers actes. En effet, à l'instar d'une infraction complexe continue, une infraction d'habitude continue peut tout à fait être suivie, soit d'un acte non punissable, soit d'une infraction d'habitude continue. Seconde interprétation, deux actes suffisent pour caractériser l'habitude, mais il peut y en avoir plus. Dans cette hypothèse, le ou les actes excédentaires appartiennent à l'infraction d'habitude formée dès le deuxième acte, sous

d'habitude. L'expression « infraction d'habitude » est réservée à certaines infractions, dont le comportement se forme par la réunion de plusieurs actes identiques (dans ce cas, seul l'acte du comportement est répété). L'expression « infraction commise de façon habituelle », quant à elle, vise toute infraction réalisée plusieurs fois par le même auteur (dans ce cas, toute l'infraction dans son ensemble est répétée). Par conséquent, une infraction commise de façon habituelle n'est pas une infraction d'habitude, mais une infraction d'habitude peut être commise de façon habituelle.

³¹⁶. Cependant, la répétition de deux infractions composites continues ne constitue une circonstance aggravante que si un texte le prévoit expressément.

réserve de respecter la condition de régularité. Le moment instantané de la consommation, qui apparaît dès le deuxième acte, est repoussé à chaque nouvel acte jusqu'au dernier, à compter duquel la durée continue de la consommation peut commencer. Par conséquent, pas plus que la consommation continue d'une infraction complexe, la consommation continue d'une infraction d'habitude ne constitue un obstacle à la répétition des actes du comportement. Quel que soit le nombre d'actes dépassant le seuil minimal de la dualité, tous trouvent les mêmes qualifications compatibles avec la continuité.

141.- Ni la neutralité pénale d'un acte seul, ni l'interversion possible de deux actes, ni la répétition probable de tous les actes, ne fait obstacle à la consommation continue d'une infraction composite, qu'elle soit complexe ou d'habitude. Si, et uniquement parce que c'est l'unité de temps prépondérante en droit pénal³¹⁸, les infractions composites instantanées sont prédominantes, les infractions complexes ou d'habitude continues n'en sont pas moins présentes. La preuve en est, l'association entre pluralité d'actes et durée continue a déjà été reconnue en jurisprudence³¹⁹. En définitive, entre instantanéité et continuité, les infractions composites ne sont pas, tout l'une ou tout l'autre, mais aussi bien l'une que l'autre. Que la consommation d'une infraction composite soit instantanée ou continue selon l'incrimination, la localisation vient y ajouter une parcelle de continuité.

II – La continuité injectée par la localisation

142.- La localisation d'une infraction composite à partir de l'un quelconque des actes du comportement engendre des conséquences, non seulement sur la dimension spatiale de l'infraction, mais également sur la diffusion temporelle de cette dernière, la concentration du comportement dans l'espace s'accompagnant d'une prolongation de

³¹⁷. NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, Pichon, 1896, n° 162 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 410, n° 544. Selon ces auteurs, une infraction d'habitude n'existe que tous les deux actes, donc tous les actes pairs, à l'exclusion des actes impairs.

³¹⁸. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 223, n° 255.

³¹⁹. Sous son ancienne écriture, le délit de tenue d'une mais de prêt sur gage était considéré, non seulement comme une infraction d'habitude (Crim., 8 oct. 1906, *Bull. crim.* n° 372, *D.* 1908, 1, p. 143),

celui-ci dans le temps. Si le rapatriement spatial est souhaité, en revanche l'étirement temporel est fortuit, ce qui explique les caractères insolite (A), et inutile (B), de la continuité nouvellement injectée à l'infraction composite.

A – L'aspect inhabituel

143.- Qu'elle soit complexe ou d'habitude, instantanée ou continue, lorsqu'elle est localisée en France par le premier acte de son comportement, une infraction composite se voit conférer une durée supplémentaire à son temps de consommation initial. L'artifice consistant à allonger la durée de consommation d'une infraction n'est pas nouveau, mais le procédé instauré par la localisation est original. Alors que la continuité est traditionnellement ajoutée en aval (1), sous l'effet de la localisation, la continuité est accidentellement injectée en amont (2).

1 – L'adjonction traditionnelle de l'après

144.- Entre la consommation instantanée et la consommation continue, la seconde présente des avantages considérables en termes de répression : tardiveté du point de départ de la prescription, « *infinité dans le temps* »³²⁰, « *ubiquité dans l'espace* »³²¹. Cependant, la majorité des infractions revêt une consommation instantanée, les actions et les omissions qu'elles renferment ayant rarement vocation à se prolonger dans le temps. Afin de récupérer les atouts répressifs d'une consommation continue, la jurisprudence et la doctrine ont recherché des « *substituts de continuité* »³²².

Les développements qui suivent n'ont certainement pas la prétention de proposer une étude approfondie de tous les artifices, mais de présenter un aperçu simplifié de chaque procédé, afin d'en saisir le mécanisme global, et de faire ressortir leur point commun nécessaire à la démonstration. Les artifices de durée sont au nombre de trois, et se distinguent selon qu'ils affectent une seule infraction ou plusieurs infractions. D'une

mais également comme une infraction continue (Dakar, 7 juill. 1955, *D.* 1956, p. 64, Larguier ; Crim., 28 nov. 1957, *Bull. crim.* n° 783).

³²⁰. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 210, n° 194.

³²¹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 209, n° 194.

³²². MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 213, n° 195.

part, en présence d'une seule infraction instantanée, la doctrine a élaboré la théorie de l'infraction permanente³²³. L'artifice de durée consiste à organiser la répression, non pas en fonction de la consommation instantanée de l'infraction, mais à partir des effets permanents de cette dernière. L'infraction, instantanée dans sa nature, devient donc continue dans son régime. D'autre part, en présence de plusieurs infractions, instantanées ou continues, la jurisprudence a échafaudé deux théories, celle de l'infraction continuée³²⁴, et celle de l'infraction collective³²⁵. Lorsqu'une même infraction est réitérée à l'identique, les deux artifices consistent à traiter les infractions, non pas dans leur singularité, mais de manière unitaire³²⁶. Les infractions ne sont donc pas considérées comme plusieurs infractions isolées, mais comme une seule infraction continue³²⁷.

Quelle que soit la théorie inventée pour instaurer de la continuité, l'infraction permanente, l'infraction continuée, ou l'infraction collective, l'artifice repose toujours sur le même principe, prendre en compte ce qui se produit après l'infraction, ses effets ou ses suites³²⁸. Dans la théorie de l'infraction permanente, la doctrine accole les effets de l'infraction, en organisant la répression à partir des circonstances non punissables qui sont la conséquence de celle-ci. Et dans l'infraction continuée comme dans l'infraction collective, la jurisprudence attache les suites de l'infraction, en organisant la répression

³²³. *Infra*, n° 310.

³²⁴. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 215, n° 199 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 43, n° 46 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 343, n° 409.

³²⁵. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 218, n° 200 ; VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Thèse Paris, 2000, p. 152, n° 271.

³²⁶. Le traitement unitaire des infractions repose sur l'unité de but qui unit ces dernières. Unité assurée par un seul auteur dans l'infraction continuée, ou par plusieurs auteurs dans l'infraction collective.

³²⁷. Pour des exemples d'infraction continuée : Crim., 3 déc. 1963, n° 62-93.686, *Bull. crim.* n° 344 ; Crim., 18 juill. 1968, n° 67-90.783, *Bull. crim.* n° 234 ; Crim., 22 juill. 1971, n° 70-90.318, *Bull. crim.* n° 237 ; Crim., 9 mai 1972, n° 71-90.996, *Bull. crim.* n° 161 ; Crim., 17 déc. 1974, n° 73-91.110, *Bull. crim.* n° 371 ; Crim., 23 oct. 1978, n° 74-90.336, *Bull. crim.* n° 283 ; Crim., 20 mars 1985, n° 84-92.631, *Bull. crim.* n° 120 ; Crim., 27 mai 1991, n° 90-80.267, *Bull. crim.* n° 222 ; Crim., 20 juin 1994, n° 93-84.425, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 260, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 103, Ottenhof ; Crim., 26 sept. 1995, n° 94-84.008, *Bull. crim.* n° 288, *Dr. pén.* 1996, comm. 61, Véron, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 658, Ottenhof ; Crim., 27 mai 2004, n° 03-82.738, *Bull. crim.* n° 141, *D.* 2004, p. 2750, Mirabail, *ibid.* 2005, p. 685, Pradel, *Dr. pén.* 2004, comm. 130, Véron, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 881, Mayaud, *ibid.* 2004, p. 886, Ottenhof, *ibid.* 2004, p. 897, Commaret ; Crim., 5 oct. 2004, n° 02-86.522, *Bull. crim.* n° 233, *AJ Pénal* 2005, p. 71, Leblois-Happe, *Dr. pén.* 2005, comm. 1, Véron ; Crim., 6 oct. 2004, n° 03-83.142, inédit, *Dr. pén.* 2005, comm. 27, Véron ; Crim., 31 janv. 2007, n° 05-87.096, inédit, *JCP G* 2007, IV, 1559 ; Crim., 31 janv. 2007, n° 06-81.273, inédit. Pour un exemple d'infraction collective : Nancy, 24 mai 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 236.

³²⁸. Les effets et les suites visent tous deux ce qui se produit après l'infraction, mais les effets, terme plus précis que les suites, impliquent en plus l'existence d'un lien de causalité avec l'infraction : *infra*, n° 264.

à partir des comportements punissables qui ont succédé celle-ci³²⁹. Il ne fait aucun doute que la localisation tire profit de ces « *substituts de continuité* » par l'après³³⁰, mais dans le cas du rattachement territorial d'une infraction composite, la continuité est instaurée, non pas à partir de ce qui se manifeste après la consommation, mais à compter de ce qui se produit avant la consommation.

2 – *L'annexion accidentelle de l'avant*

145.- En fixant son critère dans l'un quelconque des actes du comportement, le dernier comme les premiers, la localisation injecte de la continuité dans l'infraction composite d'une manière originale, non pas en retardant l'achèvement de l'infraction, mais en avançant le commencement de cette dernière.

146.- Il n'est plus besoin de répéter que le comportement d'une infraction composite se formant par la réunion de deux actes³³¹, chaque acte considéré isolément est neutre pénalement. Seule la combinaison des deux composantes confère à chacune d'entre elles une fonction constitutive. C'est la raison pour laquelle, tous les principes gouvernant la répression prennent leur point de départ ou leur point de repère, non pas sur le premier acte du comportement, mais sur le second, dans la mesure où la réunion des deux actes n'intervient qu'à l'apparition du second. Tous les principes, sauf un, la localisation, qui fixe son critère indifféremment dans le second acte comme dans le premier.

En érigeant le premier acte du comportement en critère potentiel de rattachement territorial, la localisation confère à ce dernier une fonction répressive. Ce même acte, si l'infraction composite était totalement commise en France, serait dépourvu d'incidence pénale, mais quand l'infraction composite est partiellement produite à l'étranger et qu'il faut la ramener sur le sol français, est doté de conséquences pénales, et pas des moindres, puisqu'il est attributif de compétence législative et judiciaire.

³²⁹. Lorsqu'une infraction est réitérée à l'identique, soit par un seul auteur, soit par plusieurs auteurs, le fait que les infractions soient reliées par une unité de but ne signifie pas que ces dernières s'inscrivent dans une relation de causalité. Ce n'est pas la première infraction qui est la cause des infractions postérieures, mais le dessein criminel unique poursuivi par le ou les auteurs.

³³⁰. *Infra*, n° 279.

³³¹. Dans la mesure où l'immense majorité des infractions complexes et d'habitude se contentent de deux actes au titre de leur comportement, les développements qui suivent, par souci de simplicité, raisonnent à partir d'une infraction composite dont la pluralité d'actes se réduit à la dualité de ces derniers.

Conférer une fonction répressive au premier acte du comportement d'une infraction composite, revient en quelques sortes à considérer que l'infraction composite existe dès le premier acte de son comportement. Et si l'infraction composite existe dès le premier acte du comportement, c'est que la consommation de cette dernière ne commence plus à compter de la réalisation du second acte, mais débute dès l'apparition du premier acte³³².

Modifier le moment de la consommation de l'infraction composite, en remontant le seuil au premier acte du comportement, modifie par la même occasion la durée de la consommation de celle-ci. En se consommant dès le premier acte, l'infraction composite se consomme de façon continue entre les deux actes du comportement. La consommation débute avec le premier acte, et se poursuit jusqu'au second acte. Par conséquent, la localisation transforme l'infraction composite, quelle que soit sa durée initiale, instantanée ou continue, en infraction continue³³³.

147.- Le supplément de continuité généré par la localisation opère très largement sur l'infraction composite, quelle que soit la durée initiale de sa consommation, et quel que soit l'acte retenu pour sa localisation.

D'une part, la localisation allonge la durée de l'infraction composite, que cette dernière se consomme de façon instantanée ou continue. Si l'artifice est éclatant lorsque la consommation d'origine est instantanée, tant il est aisé d'instaurer de la durée là où il n'y en a pas, en revanche il semble moins évident lorsque la consommation de départ est continue, tant il est ardu d'ajouter de la durée là où il y en a déjà. En effet, par définition une infraction continue est une infraction qui a vocation à se prolonger dans le temps. Ce n'est pas la durée effective qui fait la continuité, mais la durée potentielle. Il n'y a donc aucune quantification possible permettant de savoir si de la durée peut être retranchée ou rajoutée. Néanmoins, la localisation crée de la continuité, même dans une infraction composite initialement continue, car la durée intervient sur un nouveau terrain, non pas en aval, par la vocation à se prolonger dans le temps, mais en amont, par

³³². Lorsque le critère de localisation est fixé dans le second acte du comportement, le seuil de la consommation demeure inchangé. Certes, pas plus que le premier acte, le second acte n'est pas punissable à lui seul. Cependant, dans la mesure où un acte ne peut intervenir en second que parce qu'un autre acte est déjà apparu en premier, la réalisation du second acte correspond nécessairement à la formation du comportement, donc au moment de la consommation de l'infraction composite.

³³³. Certains auteurs vont même plus loin concernant l'infraction d'habitude, considérant que la localisation transforme cette infraction composite, non seulement en infraction continue, mais également

la faculté à remonter dans le temps. Par conséquent, parce qu'elle avance le seuil de la consommation, la localisation offre un nouvel espace temps à l'infraction composite, instantanée comme continue.

D'autre part, la localisation allonge la durée de l'infraction composite, que celle-ci s'implante dans le premier ou le second acte. L'artifice est indéniable lorsque le critère de localisation réside dans le premier acte, puisque ce dernier en est le socle, mais il n'en est pas moins vérifiable lorsque le critère de localisation se loge dans le second acte, et ce pour deux raisons. La première raison, c'est que la prise en compte du second acte comme point d'encrage sur le territoire de la République ne retire aucunement sa potentialité répressive au premier acte³³⁴. La seconde raison, c'est qu'un acte qui apparaît en dernier peut tout à fait, dans d'autres circonstances, intervenir en premier, les actes du comportement d'une infraction composite ne s'inscrivant pas dans un rapport de causalité qui leur impose un ordre défini et intangible.

En définitive, une infraction composite ne semble pas pouvoir se soustraire à la continuité. Si elle y a échappé en aval au titre de l'incrimination, elle est rattrapée en amont au stade de la localisation. Toute infraction composite serait donc nécessairement continue, pas parce que la phase d'exécution est confondue avec la phase de consommation, mais parce que la phase d'exécution est devenue la phase de consommation.

B – L'atout inexistant

148.- La raison pour laquelle le critère de localisation n'est pas calqué sur le moment final de la consommation, c'est qu'un tel affranchissement de la localisation à l'égard de la consommation est rentable en termes de rattachement au territoire de la République. Précédemment, il a été démontré à propos de l'infraction matérielle, que ce qui représente un avantage pour la localisation, se traduit par un inconvénient pour la consommation³³⁵. Malheureusement, dans le cas de l'infraction composite, l'allongement de la consommation engendré par la localisation représente un préjudice

en infraction simple, le premier acte réitéré à l'identique étant alors assimilé à un acte unique prolongé : TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 279, n° 334.

³³⁴. A l'instar du caractère continu d'une infraction, qui ne tient pas à sa durée effective mais potentielle, le caractère punissable d'un acte ne tient pas à sa prise en compte effective mais potentielle.

considérable pour la consommation (1), sans même procurer un bénéfice compensatoire pour la localisation (2).

1 – Une transformation dommageable pour la consommation

149.- Le fait que la localisation ne respecte pas la consommation, et plus exactement que le critère de la première s’émancipe du repère de la seconde, pourrait se traduire par une scission totale entre les deux, consommation et localisation évoluant dans la plus grande indifférence et la plus stricte autonomie. La réalité est toute autre, car l’ignorance de la localisation à l’égard de la consommation n’est pas sans conséquence sur cette dernière. Au contraire, les impacts sont, non seulement nombreux, mais de surcroît néfastes.

Le premier retentissement regrettable de la localisation sur la consommation, qui a déjà été évoqué à propos de l’infraction matérielle, et qui se vérifie concernant l’infraction composite, consiste en une atténuation de la structure de l’infraction. En exploitant le nombre de composantes de l’élément matériel afin de multiplier les critères rattachement territorial, la pluralité est rentabilisée en termes de localisation, mais minimisée en termes de consommation. La localisation vient isoler ce qui pour la consommation doit justement être rassemblé, faisant ainsi perdre toute sa raison d’être à la pluralité de composantes. Le fait de localiser une infraction matérielle, aussi bien par son résultat que par son comportement, diminue la fonction constitutive du résultat, et ramène l’infraction matérielle à une infraction formelle. De même, le fait de localiser une infraction composite, par le second comme par le premier acte, amoindrit le rôle décisif du dernier acte, et rapproche l’infraction composite d’une infraction simple. Malheureusement, les conséquences nuisibles de la localisation sur la consommation se s’arrêtent pas là concernant l’infraction composite.

La seconde répercussion déplorable de la localisation sur la consommation, propre à l’infraction composite, consiste en une dénaturation de la durée de l’infraction. En exploitant le nombre d’actes du comportement afin de multiplier les critères de rattachement, la localisation, non seulement isole ce qui devrait être ensemble, mais de surcroît confère des conséquences répressives à ce qui est non punissable. Ainsi, la

³³⁵. *Supra*, n° 45.

localisation modifie le moment de la consommation, pour en avancer le point de départ, et donc transforme la durée de la consommation, pour en allonger le temps initial.

A travers un tel prolongement de l'infraction composite, l'impact de la localisation sur la consommation prend des proportions de plus en plus grandes, et surtout de plus en plus graves. D'une part, la localisation intervient dans un domaine supplémentaire, son champ d'action s'élargissant, pour englober à la fois les modalités et la durée de la consommation. D'autre part, la localisation interfère à un degré supérieur, son niveau d'action s'intensifiant, pour consister à la fois en une atténuation et une dénaturation de la consommation. Toutes ces manifestations de la localisation sur la consommation sont bien évidemment considérablement nocives pour la compréhension de la matérialité de l'infraction composite. Il est suffisamment difficile, indépendamment de la localisation, d'identifier le nombre d'actes et de déterminer la durée d'une infraction composite, pour que la localisation ne vienne pas remettre en cause ces données dont la maîtrise est déjà compliquée en soi.

2 – Une prolongation négligeable pour la localisation

150.- La transformation de la durée de l'infraction composite est d'autant plus dommageable pour sa consommation, qu'elle est inutile pour sa localisation. De prime abord, il peut sembler contradictoire d'énoncer que ce qui est provoqué par la localisation est sans intérêt pour cette dernière. Pourtant, l'affirmation prend tout son sens lorsqu'une distinction est opérée entre les artifices prémédités et les artifices incontrôlés de la localisation.

A l'évidence, la négation de la structure composite est un artifice voulu. C'est à dessein que la localisation décompose la matérialité plurale de l'infraction complexe ou d'habitude. La jurisprudence sait qu'en séparant au titre de la localisation, des actes qui sont dépendant au stade de la consommation, elle augmente les hypothèses de rattachement de l'infraction composite sur le territoire de la République. Par conséquent, l'atténuation de la consommation à travers la structure est parfaitement recherchée et assumée.

A l'inverse, la création de la durée continue est un artifice fortuit. En jouant sur les modalités de l'infraction composite, la localisation influe sur la durée de cette dernière, mais il s'agit d'une conséquence accidentelle, et non d'un objectif programmé.

Certes, la consommation continue d'une infraction présente des atouts considérables sur le plan répressif, notamment au regard de localisation, grâce à son « *ubiquité dans l'espace* »³³⁶. Et il ne fait aucun doute que la localisation s'attache à exploiter, voire à créer de la continuité, à des fins de rattachement territorial³³⁷. Cependant, dans le cas présent, la continuité est engendrée par la localisation. En effet, dans le cadre de la localisation d'une infraction composite, la continuité n'est pas exploitée ou créée antérieurement à la localisation, pour servir de critère de localisation, la continuité est engendrée postérieurement à la localisation, sans offrir de critère de localisation. Celui-ci, déjà puisé dans les modalités de l'infraction, ne s'appuie pas sur la durée de cette dernière. Par conséquent, la continuité injectée dans la consommation n'est pas un moyen au service de la localisation, mais un « dommage collatéral » de cette dernière. D'aucuns ne manqueront pas de souligner qu'un tel impact sur la durée de la consommation est inhérent aux besoins de la localisation, donc quelque part justifié. Toutefois, lorsque la localisation multiplie à outrance les effets pervers sur la consommation, la question se pose légitimement de savoir s'il ne serait pas préférable de reconsidérer le choix du critère de rattachement territorial, afin de trouver un équilibre entre les préoccupations de la localisation et la préservation de la consommation. Cette question, la jurisprudence ne se la pose pas. Non contente de dévoyer la durée des infractions composites à travers son artifice de localisation, elle invente des infractions complexes pour justement leur appliquer cet artifice de localisation.

³³⁶. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 210, n° 194.

³³⁷. *Infra*, n° 303.

Chapitre II – La création de la complexité

151.- L'infraction composite, qu'elle soit complexe ou d'habitude, procure des avantages indéniables en termes de localisation, la pluralité d'actes dans le comportement, exigée par le législateur, et sagement exploitée par la jurisprudence, facilitant grandement son rattachement au territoire de la République. Cependant, les infractions composites ne sont pas la catégorie la plus représentée dans le Code pénal, ce dernier contenant majoritairement des infractions simples, c'est-à-dire des infractions dont le comportement ne requiert pas plusieurs, mais un seul acte. A l'évidence, une infraction dont la matérialité se réduit à un acte n'offre pas les mêmes possibilités de rattachement au sol national qu'une infraction qui en exige au moins deux. Soit l'acte est réalisé en France et le comportement est commis sur le territoire de la République³³⁸. Soit l'acte est réalisé à l'étranger et le comportement n'est pas commis sur le territoire de la République, sans qu'il existe une composante « de secours » permettant de rapatrier le comportement en France³³⁹.

Imaginer que la jurisprudence se résignerait à concéder la répression d'une infraction simple dont l'unique acte s'est produit à l'étranger, serait considérablement sous estimer l'inventivité dont elle peut faire preuve, et les moyens qu'elle est capable de mettre œuvre afin de rapatrier une infraction sur le territoire de la République. Confrontée à une infraction simple, à première vue entièrement réalisée à l'étranger, la jurisprudence peut dénicher un critère de localisation en intervenant, soit sur la durée de l'infraction, soit sur les modalités de cette dernière. Le choix se porte sur l'un ou l'autre des artifices selon les circonstances, mais le présent chapitre se consacrera uniquement

³³⁸. Par exemple, les juridictions pénales françaises se sont reconnues compétentes pour connaître de l'infraction de diffusion d'un document obtenu par une atteinte à la vie privée (*C. pén.*, art. 226-2, 2°), au motif que la photographie litigieuse a été publiée en France, peu importe que cette dernière ait été prise dans un pays étranger, par un photographe étranger, et concerne des personnes étrangères (Paris, 2 nov. 2000, *Juris-Data* n° 2000-131526, *Dr. pén.* 2001, comm. 42, Véron). La solution est conforme au principe de territorialité, le fait de diffusion, acte unique requis au titre du comportement de l'infraction, ayant été commis sur le territoire de la République : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 201, n° 188. Pour un exemple en matière de diffamation et injures : *Crim.*, 30 avr. 1908, *D.* 1909, 1, p. 241, Le Poitevin, *JDI* 1908, p. 514, Perroud, *S.* 1908, 1, p. 553, Roux.

³³⁹. A l'instar du chapitre précédent, les développements se concentrent uniquement sur le comportement et les manipulations dont il peut faire l'objet à l'occasion de sa localisation, à l'exclusion du résultat éventuellement compris dans l'élément matériel de l'infraction. Car il ne fait aucun doute qu'en présence d'une infraction simple et matérielle, dans l'hypothèse où l'acte du comportement est effectué à l'étranger, mais que le résultat est réalisé en France, ce dernier incarnerait la composante permettant de réputer l'infraction commise sur le territoire de la République.

sur le second, le premier concernant moins le comportement que les effets de l'infraction³⁴⁰.

L'intervention sur les modalités du comportement consiste à puiser dans le contexte de réalisation de l'infraction simple, afin de rattacher des éléments supplémentaires au comportement de cette dernière, éléments, certes non compris dans l'incrimination légale, mais accomplis sur le sol national, et qui peuvent donc faire office de critère de localisation. Afin de rapatrier en France un comportement dont le seul acte est réalisé à l'étranger, la jurisprudence décèle un élément quelconque qui s'est produit sur le territoire de la République, et décrète qu'il s'agit d'une composante du comportement. L'infraction simple se trouve, en quelques sortes, transformée en infraction composite, ou plus exactement en infraction complexe. En effet, dans la mesure où les éléments artificiellement intégrés au comportement pour les besoins de la localisation revêtent des natures diverses, aucun ne peut ressembler à l'acte du comportement auquel il vient s'agréger. Et parmi les deux types possibles d'infractions composites, seule l'infraction complexe peut accueillir une pluralité d'« actes » différents, l'infraction d'habitude exigeant des actes identiques. Un tel stratagème de localisation doit impérativement être démasqué (Section I), sans quoi la notion de complexité s'en trouverait irrémédiablement déformée (Section II).

Section I – Le mirage de la complexité démasqué

152.- L'artifice de localisation consistant à ajouter des « actes » au comportement d'une infraction simple, même habillé sous la qualification d'infraction complexe, ne saurait tromper³⁴¹. Le substitut de complexité prend des formes différentes, qui dépendent, non seulement du contexte de réalisation dans lequel il est puisé, mais également du contenu de l'action ou l'inaction à laquelle il vient se greffer. Schématiquement, la jurisprudence crée de la complexité, soit en reconduisant une confusion perpétuelle concernant l'escroquerie (§ I), soit en élaborant des constructions ponctuelles concernant les autres infractions (§ II).

³⁴⁰. *Infra*, n° 303.

³⁴¹. Du moins pas le Professeur Jean PRADEL, qui a constaté que « *dans un dessein répressif, la jurisprudence qualifie parfois de complexes des infractions qui, en vérité, sont simples, dénaturation qui*

I – La reconduction d’une confusion perpétuelle

153.- L’escroquerie incarne l’illustration par excellence de la complexité créée par la localisation. Contrairement aux apparences, il n’est pas contradictoire d’avoir évoqué l’escroquerie dans le chapitre précédant évoquant la pluralité du comportement exploitée par la localisation, et de retrouver cette dernière dans le présent chapitre abordant la complexité dans le comportement inventée par la localisation. En effet, les décisions relatives à la localisation internationale de l’escroquerie, rattachant l’infraction au territoire de la République par l’une quelconque de ses composantes en raison de sa nature complexe, sont tellement anciennes et ancrées que l’escroquerie est considérée unanimement ou presque comme une infraction complexe. Mais en réalité, le comportement de l’escroquerie n’exige en aucun cas la réunion de plusieurs actes différents, et ce malgré l’exigence de la remise (A), ou la consistance de la tromperie (B).

A – L’exigence de la remise

154.- En vertu de l’article 313-1 du Code pénal, l’élément matériel de l’escroquerie requiert deux composantes, une tromperie et une remise³⁴². Depuis toujours, et aujourd’hui encore, la jurisprudence relative à la localisation internationale de l’escroquerie tire profit de cette pluralité de composantes, considérant qu’en « *raison de la nature complexe du délit d’escroquerie* »³⁴³, il suffit que la tromperie ou la remise soit réalisée en France pour que l’escroquerie soit réputée commise sur le territoire de la

permet de justifier la compétence des juridictions françaises saisies lorsque l’infraction est commise à l’étranger » : PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 347, n° 372.

³⁴². Bien qu’expressément inscrit dans le texte d’incrimination, le préjudice est volontairement exclu de l’élément matériel de l’infraction, dans la mesure où il s’agit d’un effet exceptionnellement intégré à la définition de l’escroquerie en particulier, mais pas d’une composante habituellement exigée dans l’élément matériel d’une infraction en général.

³⁴³. Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 255 ; Crim., 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59, *S.* 1881, 1, p. 329 ; Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184 ; Crim., 2 août 1883, *D.* 1884, 1, p. 139, *S.* 1885, 1, p. 509 ; Crim., 8 nov. 1888, *Bull. crim.* n° 313, *S.* 1890, 1, p. 287.

République³⁴⁴. D'ailleurs, la doctrine se fait largement l'écho d'une telle solution, tous les manuels, qu'ils soient de droit pénal général, de droit pénal spécial, ou de droit pénal international, présentant l'escroquerie comme l'exemple type d'infraction complexe pouvant faire l'objet de l'extension de territorialité prévue à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal.

A ce stade des développements, la critique ne porte pas sur le fait que l'escroquerie peut être localisée, aussi bien par la tromperie que par la remise. Il a déjà été expliqué pourquoi le critère de localisation gagnerait à respecter le moment de la consommation, et que la remise marquant le moment de la consommation de l'escroquerie, elle seule devrait incarner le critère de localisation de cette dernière³⁴⁵. La critique se concentre sur la motivation apportée à cette solution. Lorsque la jurisprudence fait référence à « *la nature complexe du délit d'escroquerie* », une première interprétation peut consister à considérer que l'escroquerie est complexe parce que son comportement exige la réunion de deux actes différents, la tromperie étant le premier acte, et la remise le second. Cependant, dans l'escroquerie, la remise ne peut pas incarner un acte du comportement, mais constitue le résultat de ce dernier³⁴⁶. Lorsque la jurisprudence fait référence à « *la nature complexe du délit d'escroquerie* », une seconde interprétation peut consister à considérer que l'escroquerie est complexe parce que son élément matériel exige la réunion d'un comportement et d'un résultat, la tromperie étant le comportement, et la remise le résultat. Cependant, la complexité ne renvoie pas à une pluralité de composantes au sein de l'élément matériel en général, mais à une pluralité de composantes au sein du comportement en particulier. Dans un cas comme dans l'autre, la remise ne peut pas incarner l'élément de complexité permettant à la jurisprudence de justifier le recours indifférencié à la tromperie ou à la remise comme critère de localisation. A ce titre, il est intéressant de remarquer que la motivation ne fait référence à la complexité uniquement lorsque le critère de localisation réside dans la tromperie, mais aucunement lorsque ce dernier repose sur la remise. Par conséquent, la complexité avancée par la jurisprudence n'est qu'un argument erroné simplement destiné à conférer un maquillage juridique à un stratagème opportuniste. Pas plus qu'elle ne peut être tirée de la remise, la complexité ne peut être puisée dans la tromperie.

³⁴⁴. *Supra*, n° 39.

³⁴⁵. *Supra*, n° 36.

³⁴⁶. *Supra*, n° 25.

B – La consistance de la tromperie

155.- S'il est faux de considérer que la remise incarne un acte en plus de la tromperie, il n'est pas vrai pour autant de considérer que la tromperie elle-même contient plusieurs actes. En aucun cas, la nature complexe de l'escroquerie ne peut trouver son fondement dans la tromperie, la formation de celle-ci se réduisant à un acte isolé. Un tel impératif au titre de la consommation (1), n'est pas sans implication en termes de localisation (2).

1 – Les impératifs de la consommation

156.- L'écueil consistant à déceler plusieurs actes dans la tromperie provient du texte d'incrimination de l'escroquerie. L'article 313-1 du Code pénal décrit le comportement comme « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne [...]* ». Une telle rédaction peut faire l'objet de deux interprétations erronées.

Selon une première interprétation, la tromperie exige trois actes, consistant respectivement dans le fait d'utiliser un faux nom ou une fausse qualité, d'abuser d'une qualité vraie, et d'employer des manœuvres frauduleuses. Le comportement de l'escroquerie se formerait alors par la réunion de trois actes de nature différente, et l'infraction serait donc complexe. L'argument avancé pour justifier une telle interprétation résiderait dans la succession d'actes visés par l'article 313-1 du Code pénal pour décrire la tromperie. Cependant, le texte d'incrimination n'énonce pas que la tromperie se compose de l'ensemble des trois actes énumérés, mais que cette dernière consiste en un acte correspondant à l'un des trois actes mentionnés³⁴⁷. Le caractère alternatif, et non cumulatif, des moyens détaillés par l'article 313-1 du Code pénal

³⁴⁷. Si l'énumération n'a pas pour objet d'imposer une configuration plurale à la tromperie, elle a néanmoins pour fonction d'encadrer l'interprétation jurisprudentielle de cette dernière. Lorsque le comportement de l'auteur correspond à l'un des deux premiers moyens spécifiques visés par l'article 313-1 du Code pénal (usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, ou abus d'une qualité vraie), le juge est obligé de caractériser l'acte de tromperie. Lorsque le comportement de l'auteur correspond au dernier acte générique prévu par le texte d'incrimination (manœuvres frauduleuses), le juge est libre d'apprécier si le comportement caractérise ou non un acte de tromperie.

résulte de la conjonction de coordination qui les relie, « soit », et pas « et ». Par conséquent, le comportement de l'escroquerie n'est pas subordonné à plusieurs actes, mais cantonné à un seul acte, chaque procédé visé par le texte d'incrimination contenant l'efficacité requise pour caractériser la tromperie. Cette conception unitaire de la tromperie est expressément partagée par la doctrine³⁴⁸, et depuis longtemps confirmée en jurisprudence, l'escroquerie ayant déjà été retenue en cas d'usage d'un faux nom seul³⁴⁹, ou d'une fausse qualité seule³⁵⁰.

Selon une seconde interprétation, lorsque la tromperie consiste en l'usage d'un faux non ou d'une fausse qualité, ou l'abus d'une qualité vraie, un acte suffit, mais lorsque la tromperie consiste en des manœuvres frauduleuses, plusieurs actes sont requis. Dans cette dernière hypothèse, le comportement de l'escroquerie se formerait par la réunion d'au moins deux actes de nature différente, et l'infraction serait donc complexe. Les arguments avancés pour justifier une telle interprétation peuvent tous être réfutés. D'abord, les manœuvres frauduleuses exigeraient plusieurs actes pour recevoir la qualification de tromperie, au motif que l'article 313-1 du Code pénal désigne cette troisième forme de tromperie en employant le pluriel, visant « les » manœuvres frauduleuses, et non « une » manœuvre frauduleuse. Cependant, le pluriel utilisé par le texte d'incrimination signifie simplement que la liste des actes pouvant caractériser une manœuvre constitutive de tromperie n'est pas exhaustive, mais certainement pas qu'il faut plusieurs actes donc plusieurs manœuvres pour caractériser la tromperie³⁵¹. Ensuite, les manœuvres frauduleuses exigeraient plusieurs actes pour recevoir la qualification de tromperie, au motif que le simple mensonge, oral comme écrit, n'est pas punissable à lui seul, et doit être corroboré par un stratagème destiné à conférer force et crédit aux allégations mensongères, intervention d'un tiers, production d'un écrit, organisation

³⁴⁸. GARCIN, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Escroquerie, n° 261 ; LARGUIER et CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^e éd., 2004, p. 101, n° 118 ; MASCALA, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Escroquerie, n° 20 ; RASSAT, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Escroquerie, n° 45. Ce dernier auteur remarque qu'en pratique les escrocs combinent les différentes possibilités de tromperie, en les utilisant conjointement ou successivement (Crim., 17 sept. 2002, n° 01-85.891, inédit, *Dr. pén.* 2003, comm. 9, Robert), et regrette la rédaction approximative des arrêts, qui s'attachent rarement à donner aux faits une qualification précise, ou qui ont fréquemment tendance à mélanger les différents manifestations possibles de l'escroquerie (Crim., 16 mars 1987, n° 86-92.932, *Bull. crim.* n° 124).

³⁴⁹. Crim., 26 nov. 1891, *D.* 1892, p. 252 ; Crim., 8 août 1902, *Bull. crim.* n° 283 ; Crim., 30 juill. 1927, *Bull. crim.* n° 198, *S.* 1929, p. 159 ; Crim., 18 mai 1931, *Bull. crim.* n° 143, *Gaz. Pal.* 1931, 2, p. 241.

³⁵⁰. Crim., 4 mars 1910, *Bull. crim.* n° 106 ; Crim., 6 mai 1921, *Bull. crim.* n° 202 ; Crim., 2 mars 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 1, p. 689.

³⁵¹. RASSAT, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Escroquerie, n° 68.

d'une mise en scène³⁵². Cependant, si le mensonge ne suffit pas, c'est qu'il ne renferme pas à lui seul la machination nécessaire qu'implique une manœuvre, mais pas qu'une manœuvre requiert deux actes, un mensonge et un stratagème. En effet, dans l'infraction complexe, chacun des deux actes pris isolément n'est pas punissable, seule la réunion des deux formant le comportement. Alors que, si le mensonge n'est pas punissable sans stratagème, en revanche un stratagème est punissable sans mensonge. Par conséquent, l'insuffisance du mensonge à caractériser la tromperie par manœuvres frauduleuses ne renvoie pas à un cas de complexité de cette dernière³⁵³. Enfin, une raison majeure empêche la tromperie par manœuvres frauduleuse d'exiger plusieurs actes. C'est tout simplement qu'une même infraction ne peut pas à la fois être simple et complexe. Par conséquent, l'escroquerie ne peut pas changer de structure selon les circonstances, être simple lorsque la tromperie est réalisée au moyen d'un faux non ou d'une fausse qualité, ou de l'abus d'une qualité vraie, et devenir complexe lorsque la tromperie est effectuée au moyen de manœuvres frauduleuses. Dans la mesure où aucun des procédés énoncés par l'article 313-1 du Code pénal, quel qu'il soit, ne requiert plusieurs actes, la tromperie, même prise dans sa troisième forme, est caractérisée par une manœuvre réduite à un seul acte.

³⁵². Le principe est ancien et les exemples sont nombreux : Crim., 12 nov. 1864, *D.* 1865, 5, p. 158 ; Crim., 23 juin 1883, *Bull. crim.* n° 161 ; Crim., 26 juin 1885, *D.* 1886, 1, p. 89, Garraud ; Crim., 22 nov. 1912, *Bull. crim.* n° 567 ; Crim., 3 juill. 1920, *D.* 1921, 1, p. 54 ; Crim., 8 nov. 1951, *JCP G* 1952, IV, 1 ; Crim., 27 avr. 1955, *Bull. crim.* n° 209, *D.* 1955, p. 455 ; Crim., 27 mars 1957, *Bull. crim.* n° 294, *JCP G* 1957, IV, 69 ; Crim., 16 oct. 1957, *Bull. crim.* n° 636, *JCP G* 1957, IV, 166 ; Crim., 20 juill. 1960, *Bull. crim.* n° 382, *D.* 1961, p. 191, Chavanne, *Gaz. Pal.* 1960, 2, p. 252, *JCP G* 1961, II, 11973, Guyon, *S.* 1961, p. 175 ; Crim., 20 juill. 1965, *Bull. crim.* n° 150 ; Crim., 6 juill. 1966, n° 65-91.217, *Bull. crim.* n° 193 ; Crim., 18 juill. 1968, n° 67-91.361, *Bull. crim.* n° 233 ; Crim., 7 oct. 1969, n° 68-92.359, *Bull. crim.* n° 242, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 398, Bouzat ; Crim., 6 déc. 1972, n° 72-93.317, *Bull. crim.* n° 381, *JCP G* 1974, II, 17674 ; Crim., 11 févr. 1976, n° 75-91.806, *Bull. crim.* n° 54, *D.* 1976, p. 295, Dauvergne, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 733, Bouzat ; Crim., 8 nov. 1976, n° 76-90.145, *Bull. crim.* n° 317, *D.* 1976, p. 335 ; Crim., 9 mai 1979, n° 78-93.534, inédit, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 446, Bouzat ; Crim., 6 nov. 1991, n° 90-84.872, *Bull. crim.* n° 399 ; Crim., 9 mars 1992, n° 91-83.361, inédit, *Dr. pén.* 1992, comm. 56, Véron ; Crim., 25 sept. 1997, n° 96-82.818, *Bull. crim.* n° 313 ; Crim., 30 avr. 2003, n° 02-84.505, inédit ; Crim., 17 nov. 2004, *Juris-Data* n° 2004-026325 ; Crim., 23 févr. 2005, *Juris-Data* n° 2005-027877. Toutefois : LUCAS DE LEYSSAC, « L'escroquerie par simple mensonge ? », *D.* 1981, p. 17.

³⁵³. Un raisonnement analogue pourrait être suivi à propos d'un cas particulier d'escroquerie, l'escroquerie à l'assurance. En l'absence de sollicitation de la part de l'« escroc », la tromperie n'est pas caractérisée. Tout au plus, le comportement de ce dernier peut être qualifié de tentative d'escroquerie. Par exemple, la fausse déclaration de sinistre auprès d'une compagnie d'assurance, sans réclamation d'indemnité, production de document ou intervention d'un tiers, caractérise seulement un commencement d'exécution : Crim., 17 juill. 1991, n° 90-87.454, inédit, *Dr. pén.* 1992, comm. 94, Véron ; Crim., 1^{er} juin 1994, n° 93-83.382, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 234, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 102, Ottenhof. Il serait tentant de considérer que la tromperie exige deux actes, une manœuvre et une sollicitation. Cependant, la fausse déclaration de sinistre auprès d'une compagnie d'assurance n'est ni plus ni moins qu'un simple mensonge, par conséquent soumise aux mêmes exigences de corroboration, sans pour autant renvoyer à un cas de complexité.

Par conséquent, et nonobstant les éventuelles ambiguïtés recélées par l'article 313-1 du Code pénal, l'escroquerie est une infraction simple, dont le comportement, la tromperie, se limite à un acte. L'escroquerie est une infraction simple, parce que sa consommation exige un seul acte, peu importe que l'auteur combine plusieurs des actes contenus dans le texte d'incrimination³⁵⁴. Certes, en pratique l'auteur d'une escroquerie recourt souvent à plusieurs procédés, mais une telle pluralité d'actes n'a aucune importance au regard de la consommation, et ne devrait pas non plus avoir d'incidence en matière de localisation.

2 – Les implications sur la localisation

157.- L'escroquerie est une infraction simple³⁵⁵, dans la mesure où le comportement se forme par la réalisation d'un seul acte de tromperie. A l'instar de tout comportement dont la consommation est unitaire, celui de l'escroquerie renferme des probabilités de localisation limitées. Soit l'acte de tromperie est réalisé en France, et le comportement est totalement commis sur le territoire de la République, sans qu'il soit besoin de recourir à l'extension de territorialité. Soit l'acte de tromperie est effectué à l'étranger, et le comportement n'est pas du tout commis sur le territoire de la République, sans qu'il soit possible de recourir à l'extension de territorialité. Une telle alternative serait-elle modifiée dans l'hypothèse où plusieurs procédés de tromperie prévus par l'article 313-1 du Code pénal, seraient accomplis dans le cadre de la même escroquerie, mais sur des territoires différents, l'un en France, l'autre à l'étranger ? La

³⁵⁴. Par exemple, le meurtre (*C. pén.*, art. 221-1) est une infraction simple, parce que le comportement exige un seul acte consistant à donner la mort, et demeure une infraction simple, même si pour donner la mort, l'auteur tire plusieurs coups de feu ou assène plusieurs coups de couteau : *Crim.*, 13 mai 1965, n° 65-91.166, *Bull. crim.* n° 139 ; *Crim.*, 9 juin 1977, n° 77-91.008, *Bull. crim.* n° 211. Sur ce point : ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Plon, 5^e éd. 1886, p. 335, n° 761 ; STEFANI et LEVASSEUR, *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris, 1964, p. 150, n° 164 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 265, n° 311. Selon ces auteurs, le fait que l'acte requis par la consommation soit accompli plusieurs fois n'est « *qu'une modalité accidentelle qui peut se présenter ou ne pas se présenter* », qui ne modifie pas la nature simple de l'infraction. *Contra* : GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 103, n° 44 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1947, p. 128, n° 79. Selon ces auteurs, le fait que l'acte requis par la consommation soit accompli plusieurs fois est « *une difficulté liée à l'unité de délit mais à la pluralité d'actes* », qui confère une nature complexe à l'infraction. Il faut néanmoins rappeler qu'à une époque, la complexité n'était pas limitée aux infractions dont le comportement se forme par l'association de deux actes différents, mais s'étendait à toutes les infractions dont la réalisation présente un élément de difficulté, dont faisait partie celui cité ci-dessus.

³⁵⁵. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 313, n° 423. L'escroquerie est une infraction simple par son comportement (*supra*, n° 175), et matérielle par son résultat (*supra*, n° 28).

consommation se contente d'un seul acte de tromperie, mais la localisation doit-elle prendre en compte un seul acte, ou les deux actes de tromperie ? Il ne fait aucun doute que dans un cas comme dans l'autre, le comportement de l'escroquerie sera rattaché au territoire de la République. La question est de savoir si ce comportement doit être considéré comme totalement ou partiellement commis sur ce dernier, l'enjeu résidant moins dans le rattachement territorial que dans son fondement juridique, le principe de territorialité ou son extension.

Une localisation calquée sur la consommation devrait amener à considérer que la tromperie est totalement réalisée en France, donc que le comportement est commis sur le territoire de la République, sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal. La tromperie se formant par un seul des actes énumérés à l'article 313-1 du Code pénal, dès lors que l'un d'entre eux a lieu en France, tout le comportement est réalisé en France, sans qu'aucun acte supplémentaire, même mentionné dans le texte d'incrimination, ne puisse venir incarner un élément d'extranéité. En effet, si, comme cela est prôné dans la présente étude, la localisation était le reflet de la consommation, il conviendrait d'en tirer toutes les conséquences qui s'imposent, dans un sens comme dans l'autre, non seulement en intégrant le fait qu'une composante nécessaire à la consommation ne s'est pas produite en France, mais également en ignorant le fait qu'une composante excédentaire pour la consommation ne s'est pas produite en France. Dans le premier cas, en présence d'une escroquerie dont le comportement est réalisé en France, mais dont le résultat est effectué à l'étranger, cela signifie, non pas, comme cela est décrété par la jurisprudence, de considérer qu'une escroquerie consommée est partiellement commise sur le territoire de la République, mais plutôt, comme cela a été suggéré, de considérer qu'une tentative d'escroquerie est entièrement commise sur le territoire de la République³⁵⁶. Dans le second cas, en présence d'une tromperie dont plusieurs procédés énumérés dans le texte d'incrimination sont réalisés en France et à l'étranger, mais dont celui effectué en France est suffisant à caractériser la tromperie, cela signifie, non pas de considérer que la tromperie est partiellement commise sur le territoire de la République, mais de considérer que la tromperie est entièrement commise sur le territoire de la République.

Certes, la localisation n'est pas calquée sur la consommation, mais même détachée de la consommation, la localisation pourrait épouser le raisonnement ci-dessus,

³⁵⁶. *Supra*, n° 49.

non seulement parce qu'il permet le rattachement de la tromperie au territoire de la République, mais de surcroît parce qu'il retient le fondement du principe de territorialité, et non son extension. Et pourtant, il n'est pas impossible que la jurisprudence considère, dans pareille hypothèse, que la tromperie est partiellement réalisée en France, donc que le comportement est réputé commis sur le territoire de la République, sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. C'est d'ailleurs une solution qui a déjà été retenue, au soutien de la complexité, dans une espèce où deux manœuvres frauduleuses s'étaient produites, l'une en France, et l'autre à l'étranger. Semblable décision, et l'arrêt n'est certainement pas isolé, montre que les artifices de localisation sont mis en œuvre, non seulement par opportunisme, mais également par réflexe. Recourir abusivement à la complexité lorsque, sans cette dernière, le comportement ne pourrait même pas être considéré comme partiellement commis sur le territoire de la République, n'est pas du tout excusable juridiquement, mais au moins explicable politiquement. Reproduire continuellement le procédé, alors que sans la complexité, le comportement pourrait tout bonnement être considéré comme totalement commis sur le territoire de la République n'est, ni l'un, ni l'autre. L'opportunisme et l'automatisme dont fait preuve la jurisprudence en matière de localisation sont, non seulement dangereux pour la consommation, mais également désavantageux pour la localisation. Et pourtant, la nature complexe de l'escroquerie, qu'elle soit déduite du résultat ou du comportement, est tellement intégrée, au point de passer pour une réalité, que l'abus de complexité opéré à l'encontre de l'escroquerie paraît moins critiquable, voire presque normal, par rapport à d'autres infractions.

II – L'élaboration de constructions ponctuelles

158.- La nature complexe de l'escroquerie est tellement ancrée dans la pratique juridique, que le rattachement territorial de l'infraction fondé sur la complexité, même s'il est erroné, n'est pas surprenant. En revanche, le rattachement territorial de toute autre infraction que l'escroquerie, fondé sur la même complexité, est déconcertant. En effet, la jurisprudence recourt fréquemment à la complexité pour localiser en France des infractions qu'il ne serait pas naturellement venu à l'esprit d'affilier à cette catégorie. Et pour cause, ces infractions ne requièrent aucunement deux actes différents au titre de leur comportement. La complexité dont elles sont affectées pour les besoins de la

localisation n'est absolument pas le reflet de leur consommation habituelle, mais le résultat d'une construction ponctuelle. Une telle construction s'appuie sur la façon dont est réalisée l'infraction, qui consiste, soit en un procédé spécifique, dans le cas des infractions commises à distance (A), soit en un processus générique, dans le cas des infractions commises par étapes (B).

A – Le procédé spécifique des infractions à distance

159.- Confrontée à une infraction simple, dont l'unique acte du comportement s'est produit à l'étranger, la jurisprudence dispose d'un premier moyen de rendre cette dernière complexe, en exploitant le procédé spécifique qui a servi à réaliser l'infraction, lorsque cette dernière est commise à distance. Après le constat (1), viendra la critique (2).

1 – Le constat

160.- La consommation de l'infraction suppose obligatoirement que tous les éléments constitutifs de cette dernière soient réunis, mais n'impose pas nécessairement que l'auteur se situe sur le lieu de l'atteinte à l'ordre public, ou se trouve en face de la victime de l'infraction. En effet, la perpétration de l'acte du comportement peut engendrer une certaine distance lorsque l'auteur recourt à un moyen de correspondance ou de communication, quel qu'il soit, courrier, journal, mail, téléphone³⁵⁷. Parfois, la distance est telle que, non seulement l'auteur ne se situe pas au même endroit que l'atteinte à l'ordre public et à la victime, mais de surcroît l'auteur et ces derniers ne se trouvent dans le même pays, l'un étant en France et les autres à l'étranger, ou inversement. Dans pareille hypothèse, le procédé spécifique de réalisation incarne, à la fois la cause et le remède à la situation d'extranéité de l'infraction. Certes, le recours à un moyen de correspondance ou de communication peut engendrer la manifestation de l'unique acte du comportement à l'étranger, mais tout en permettant la récupération de celui-ci en France.

³⁵⁷. Le procédé est fréquemment utilisé en matière d'infractions de presse (diffamation, injures), mais également en matière d'infractions de droit commun (escroquerie).

Lorsque l'acte d'une infraction simple est commis par voie de correspondance ou de communication, cela implique toujours une émission et une réception. Ces dernières représentent les deux versants du seul acte d'une infraction simple, pourtant la jurisprudence les appréhende comme deux actes différents d'une infraction complexe. Une telle conception transparaît nettement dans un attendu de la Cour de cassation, à propos des infractions d'injures et de diffamations non publiques : « *de telles infractions constituent, lorsqu'elles ont été réalisées par l'envoi d'une lettre missive, des contraventions de nature complexe qui supposent nécessairement l'expédition d'un écrit injurieux ou diffamatoire et la réception de cet écrit par le destinataire* »³⁵⁸.

Inévitablement, comme dans toute infraction composite en général, la question s'est posée de savoir quel acte pouvait servir de critère de localisation. Les possibilités sont triples, le premier acte, le second acte, ou les deux actes. Transposé à une infraction complexe commise par voie de correspondance ou de communication, les choix se posent en ces termes : l'émission, la réception, ou les deux³⁵⁹. Comme pour l'infraction complexe « classique », l'hésitation a affecté l'infraction complexe « spécifique », et les anciennes solutions ont oscillé entre, l'émission uniquement³⁶⁰, la réception seulement³⁶¹, ou les deux indifféremment³⁶². Et comme pour l'infraction complexe « classique », l'opportunisme a rattrapé l'infraction complexe « spécifique », dont l'actuel critère de localisation peut être puisé, aussi bien dans l'émission que dans la réception³⁶³. Le contraire eût été surprenant. Non seulement, une infraction complexe demeure une infraction complexe, quel que soit son mode de perpétration, « classique » ou « spécifique », de sorte que retenir une conception large du critère de localisation pour l'une, et ne pas l'appliquer à l'autre, manquerait cruellement de bon sens. Mais

³⁵⁸. Crim., 28 janv. 1960, *Bull. crim.* n° 59, *D.* 1960, p. 315, *Gaz. Pal.* 1960, 1, p. 231, *Rev. sc. crim.* 1961, p. 342, *Légal, S.* 1960, p. 179.

³⁵⁹. Le choix du critère de localisation s'est posé, non seulement en matière de localisation internationale, lorsque l'émission et la réception se produisent, l'une en France et l'autre à l'étranger, mais également en matière de localisation interne, lorsque ces dernières se produisent toutes les deux en France. Ce qui a été dit à propos de la localisation interne et internationale de l'escroquerie (*supra*, n° 54) vaut pour toutes les infractions. Que la localisation soit interne ou internationale, l'interrogation est la même : quel critère de localisation ? Mais selon que la localisation est interne ou internationale, les répercussions du critère sont différentes.

³⁶⁰. Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 255 ; T. corr. Seine, 5 nov. 1903, *Cl.* 1904, p. 379 ; Crim., 12 juill. 1906, *Gaz. trib.* 1906, II, 1, p. 175 ; Crim., 27 mars 1909, *S.* 1911, p. 177, Roux ; T. corr. Seine, 20 oct. 1915, *Cl.* 1916, p. 571 ; T. corr. Havre, 5 janv. 1916, *Cl.* 1916, p. 573, *Rev. crit. DIP* 1918, p. 86, de Lapradelle.

³⁶¹. T. corr. Seine, 2 mars 1886, *S.* 1886, 2, p. 142 ; Paris, 28 oct. 1909, *Rev. dr. intern. pr.* 1910, p. 110, de Lapradelle ; Crim., 4 févr. 1910, *S.* 1913, p. 65 ; Crim., 25 févr. 1911, *S.* 1915, p. 171 ; Crim., 20 juin 1919, *S.* 1922, p. 332 ; Crim., 20 oct. 1927, *Bull. crim.* n° 225, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 956, *S.* 1930, p. 116.

³⁶². T. corr. Paris, 30 mai 1885, *Cl.* 1885, p. 433.

surtout, dans la mesure où une infraction commise à distance est artificiellement qualifiée de complexe, justement pour bénéficier des multiples critères de localisation offerts par une infraction composite, ne pas les lui reconnaître manquerait tout bonnement de sens.

L'avantage au regard du rattachement territorial est sans commune mesure. Ce dernier est encore plus élevé pour une infraction simple transformée en infraction complexe que pour une infraction complexe dès l'origine, le nombre de critères de localisation n'étant pas équivalent, mais supérieur au nombre d'actes du comportement. La jurisprudence a réussi l'exploit de déceler une pluralité de critères à partir d'une unicité acte.

2 – La critique

161.- Le leitmotiv de cette étude pourrait se résumer en ces quelques mots : tout ce qui est profitable à la localisation, est défavorable pour la consommation. Et la localisation des infractions à distance ne fait pas exception. Le procédé spécifique de perpétration d'une telle infraction impliquant, quel que soit le moyen de correspondance ou de communication, une émission et une réception, ne devrait pas servir de support à la localisation, et ce pour deux raisons. Non seulement, la consommation d'une infraction est indifférente à la réalisation de cette dernière par voie de correspondance ou de communication, et de surcroît, la complexité d'une infraction est incompatible avec ce procédé de réalisation.

D'une part, la consommation est indifférente au fait qu'une infraction soit commise par voie de correspondance ou communication impliquant une émission et une réception. Ces deux termes sont familiers à tout juriste, qui a nécessairement rencontré la théorie de l'émission et de la réception de l'acceptation dans le cadre du droit des contrats³⁶⁴. Cependant, si en droit civil, le choix entre l'émission ou la réception de

³⁶³. Crim., 1^{er} oct. 1990, n° 89-86.963, inédit ; Crim., 27 juin 2012, n° 11-86.773, inédit.

³⁶⁴. Il est, non seulement impossible, mais également inutile, de tenter d'identifier qui, de l'émission ou de la réception prime sur l'autre. D'une part, c'est impossible, dans la mesure où le droit civil n'apporte pas de solution véritable. Pour certains contrats, le législateur opte expressément, soit pour le système de la réception (par exemple dans le contrat de donation, à l'article 932 du Code civil), soit pour le système de l'émission (par exemple dans le contrat de mandat, à l'article 1985 du Code civil). Et pour tous les autres contrats, la jurisprudence alterne incessamment entre les deux théories. D'autre part, c'est inutile, dans la mesure où le droit pénal et le droit civil reposent sur des concepts, et répondent à des logiques

l'acceptation est absolument déterminant pour fixer la date de formation d'un contrat conclus entre absents³⁶⁵, en revanche en droit pénal, un tel choix est totalement indifférent pour marquer le moment de la formation d'une infraction commise à distance³⁶⁶. L'indépendance du moment de la consommation à l'égard de ce mode spécifique de perpétration est logique, dans la mesure où un tel procédé peut être utilisé, comme ne pas l'être. Or, le moment de la consommation d'une même infraction ne peut pas varier au gré de sa technique de réalisation. Par conséquent, ni l'émission, ni la réception ne conditionne le moment de la consommation, mais en fonction du moment de la consommation, l'émission ou la réception concorde avec ce dernier. En réalité, la simultanéité du moment de la consommation avec l'émission ou la réception, dépend de la nature matérielle ou formelle de l'infraction³⁶⁷. Lorsque l'infraction est formelle, la consommation survient dès le comportement, c'est-à-dire dès l'acte de l'auteur, auquel cas le moment de la consommation coïncide avec l'émission par l'auteur. A l'inverse, lorsque l'infraction est matérielle, la consommation est repoussée au résultat, c'est-à-dire à l'atteinte à l'ordre public et à la victime, auquel cas le moment de la consommation correspond à la réception par la victime³⁶⁸. Cependant, l'alternative n'est pas immuable. Par exemple, lorsque l'infraction est matérielle, mais que le résultat implique une intervention de la victime, telle la remise dans l'escroquerie, le moment de la consommation correspond, non pas à la réception par la victime, mais à l'émission par cette dernière³⁶⁹. Par conséquent, aucune théorie de l'émission ou de la réception ne peut

diamétralement opposés, de sorte que la solution retenue en droit civil pour les contrats entre absentes ne s'appliquerait pas nécessairement au droit pénal pour une infraction à distance.

³⁶⁵. Un contrat se formant par la rencontre des consentements, exprimés à travers une offre et une acceptation, la connaissance du moment où il est possible de considérer qu'il y a acceptation renferme des enjeux pratiques importants. D'une part, elle permet de s'assurer que l'acceptation a bien rencontré l'offre, dans l'hypothèse où l'offre est assortie d'un délai. D'autre part, elle permet d'identifier quand l'acceptation a rencontré l'offre, et donc de fixer le moment et le lieu de formation du contrat.

³⁶⁶. La commission d'une infraction au moyen d'un procédé à distance, impliquant une émission et une réception, est souvent un élément perturbateur dans l'identification du moment de la consommation, mais jamais un élément déterminant dans la fixation de ce dernier.

³⁶⁷. Par hypothèse, l'infraction est simple, non encore transformée en infraction complexe. Par conséquent, que l'infraction soit matérielle ou formelle, le comportement se limite à un acte, mais selon que l'infraction est matérielle ou formelle, le comportement est suivi ou pas d'un résultat.

³⁶⁸. Par exemple, l'infraction d'injures revêt une nature formelle ou matérielle selon que les injures sont publiques ou privées. Par conséquent, le moment de la consommation réside dans l'émission des propos injurieux par l'auteur pour la première, mais dans la réception des propos injurieux par la victime pour la seconde.

³⁶⁹. L'escroquerie, dans l'hypothèse où elle est commise à distance, se consomme par l'émission de la chose par la victime, et non la réception de cette dernière par l'auteur, car la remise est caractérisée dès l'instant où la victime se sépare de la chose convoitée, et non au moment où l'auteur récupère celle-ci,

ni ne doit être élaborée en droit pénal pour déterminer le moment de la consommation, celui-ci pouvant tout aussi bien concorder avec l'une ou l'autre. Cependant, un tel constat ne signifie pas pour autant que le critère de localisation, en résidant indifféremment dans l'émission ou la réception, respecte le moment de la consommation. En effet, là où la consommation impose d'opérer une différence entre l'émission et la réception, la localisation se permet de pratiquer l'indifférence entre ces dernières. Une localisation respectueuse de la consommation impliquerait que, pour une même infraction, selon le moment de sa consommation, son critère de localisation réside, de façon intangible, soit dans l'émission, soit dans la réception³⁷⁰. Ce qui n'est pas le cas, dans la mesure où pour une même infraction, le critère de localisation est puisé, de façon alternative, aussi bien dans l'émission que dans la réception.

D'autre part, la complexité est incompatible avec le fait qu'une infraction soit commise par voie de correspondance ou communication impliquant une émission et une réception. En effet, l'infraction complexe est une infraction dont le comportement exige deux actes différents. De prime abord, une infraction commise à distance peut sembler remplir les conditions de la complexité, dans la mesure où l'émission et la réception, inhérentes à son procédé spécifique de réalisation, sont effectivement deux actions de nature distincte. Mais en réalité, une telle infraction ne peut pas répondre à la définition de l'acte caractéristique de la complexité. Selon le Professeur André DECOCQ, ce dernier « *suppose une certaine initiative de l'agent, à l'exclusion de l'événement qui, découlant de l'acte précédent sans aucune intervention nouvelle dudit agent, est le simple résultat de l'infraction* »³⁷¹. Or, lorsqu'une infraction est commise à distance, l'émission et la réception ne sont jamais toutes les deux réalisées cumulativement par l'auteur, mais toujours effectuées alternativement par l'auteur et la victime³⁷². Par conséquent, un acte unique, même composé de deux versants, une émission et une réception, ne peut pas être analysé comme deux actes distincts.

pour la simple et bonne raison que la chose n'a pas nécessairement à être remise entre les mains de l'auteur, mais peut tout aussi bien être remise entre celles d'un tiers.

³⁷⁰. ROUX, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^e éd., 1927, p. 513, n° 419. L'auteur considère que lorsque la consommation de l'infraction est formelle, le critère de localisation doit résider dans l'émission. Un tel propos, consistant à dire qu'il faut calquer le critère de localisation sur le moment de la consommation, s'applique aussi bien à la localisation interne qu'à la localisation internationale, voire s'impose encore plus pour la localisation internationale que pour la localisation interne.

³⁷¹. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167.

Pour ces deux raisons, il est doublement artificiel de localiser une infraction simple commise à distance, en se fondant indifféremment sur l'émission ou la réception, au motif qu'il s'agit d'une infraction complexe. Premier artifice, le critère de localisation ne coïncide pas avec le moment de la consommation. Second artifice, la qualification juridique retenue pour couvrir le premier artifice ne correspond pas avec la définition de la complexité. Et pourtant, ce double artifice n'est pas cantonné aux infractions commises à travers ce moyen particulier de perpétration, mais étendu à toutes les infractions commises selon la méthode ordinaire de réalisation.

B – Le processus générique des infractions par étapes

162.- Confrontée à une infraction simple, dont l'unique acte du comportement s'est produit à l'étranger, la jurisprudence dispose d'un second moyen de rendre cette dernière complexe, en exploitant le processus générique que suit la réalisation de toute infraction, à savoir la phase d'exécution qui précède la consommation. Ici encore, le constat exposé (1), la critique s'impose (2).

1 – Le constat

163.- Dans l'infraction simple, le fait que la consommation du comportement se réduise à un acte, signifie que le comportement est formé dès lors que l'auteur accomplit précisément l'acte visé par le texte d'incrimination, mais pas que le comportement n'est formé que si l'auteur accomplit uniquement l'acte en question. En d'autres termes, l'auteur doit impérativement réaliser l'acte contenu dans l'article du Code pénal, mais peut éventuellement effectuer d'autres actes non mentionnés par ce dernier. Cela arrive fréquemment en pratique, dans la mesure où les circonstances permettent rarement à l'auteur d'une infraction d'accomplir directement l'acte qui consomme le comportement, ce qui le contraint de procéder à une série plus ou moins longue d'actes, avant de parvenir à l'acte recherché. Dans une telle hypothèse, chaque fois que l'acte qui consomme l'infraction est réalisé à l'étranger, et que l'un des actes ayant contribué à sa

³⁷². Cette exigence, selon laquelle les deux actes du comportement d'une infraction complexe doivent être le fait de l'auteur, est l'une des raisons pour lesquelles l'escroquerie n'appartient pas à cette catégorie

réalisation est effectué en France, la jurisprudence répute le comportement commis sur le territoire de la République, au motif qu'en raison de la nature complexe de l'infraction, il suffit qu'un acte soit réalisé en France, pour que tout le comportement soit localisé en France.

164.- L'arrêt du 4 juin 1969³⁷³ relatif à l'outrage aux bonnes mœurs, volontairement mentionné dans le chapitre qui précède³⁷⁴, pour être utilement retrouvé dans le chapitre présent, illustre parfaitement l'artifice de localisation consistant à ajouter un acte au comportement d'une infraction simple, afin d'ériger celui-ci en critère de rattachement territorial.

En l'espèce, un individu ayant pris des photographies représentant « *des modèles féminins en état de nudité intégrale, dans des attitudes souvent obscènes, lascives ou provocantes, le sexe exhibé* », est poursuivi du chef d'outrage aux bonnes mœurs sur le fondement de l'ancien article 283 du Code pénal, qui réprime, notamment, « *le fait de [...] fabriquer [...] tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions photographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs* »³⁷⁵. Les juges devaient se prononcer, non seulement sur la caractérisation de l'infraction, mais également sur la localisation de cette dernière. Les photographies ayant été prises en France, mais envoyées en Suède à l'état de pellicule non développée, l'un des moyens du pourvoi consistait à contester la compétence des juridictions françaises. Sans surprise, la cour d'appel et la Cour de cassation réputent l'infraction commise sur le territoire de la République, sur le fondement de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale³⁷⁶, devenu l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. Selon la cour d'appel, d'une part, « *l'impression de la pellicule caractérise un des éléments constitutifs de l'infraction, donc l'infraction doit être considérée comme accomplie en France* ». Selon la Cour de

d'infractions composites, la remise étant une action de la victime.

³⁷³. Crim., 4 juin 1969, n° 68-93.427, *Bull. crim.* n° 190, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 106, *JCP G* 1969, II, 16011, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 84, *Légal*.

³⁷⁴. *Supra*, n° 120.

³⁷⁵. Avec la réforme du Code pénal, l'ancien article 283 est devenu l'actuel article 227-24. Certaines terminologies ont été modifiées, certaines conditions ont été ajoutées, mais l'élément matériel consistant, notamment, à fabriquer un support véhiculant un message prohibé, n'a pas changé, de sorte que ce qui est dit sur ce point hier vaut pour ce même point aujourd'hui.

cassation, d'autre part, « *la cour d'appel, après avoir constaté que la fabrication incriminée par l'article 283 du Code pénal implique techniquement une succession d'opérations consistant dans l'impression de la pellicule vierge, dans le développement du négatif obtenu et dans le tirage du cliché sur papier, énonce à bon droit qu'un des actes caractérisant un des éléments constitutifs de l'infraction ayant été ainsi accompli en France, le délit est réputé commis sur le territoire de la République* ».

La motivation de la décision laisse nettement entrevoir la nature complexe de l'infraction en cause, retenue par la jurisprudence³⁷⁷. Les deux juridictions, et particulièrement la Cour de cassation, insistent sur le nombre d'étapes nécessaires pour aboutir à la fabrication d'une photographie, étapes qui correspondent chacune à un acte du comportement : d'abord l'impression de la pellicule vierge, ensuite le développement du négatif, et enfin le tirage sur papier du cliché. Les commentaires de la décision semblent majoritairement approuver une telle analyse, les auteurs considérant, qu'il « *est bien évident que l'impression de la pellicule est le premier acte de la fabrication d'une photographie et se trouve dès lors punissable* »³⁷⁸, ou que la prise, le développement et le tirage des clichés sont toutes des « *opérations concourant à la perpétration de l'infraction* »³⁷⁹. L'infraction d'outrage aux bonnes mœurs, commise au moyen de la fabrication d'une photographie, consisterait donc en une infraction complexe, dont le comportement, le fait de fabriquer, exigerait la réunion de trois actes de nature différente, le fait d'imprimer, le fait de développer, et le fait de tirer sur papier le cliché litigieux. Cependant, une telle conception est uniquement destinée à permettre l'application de la territorialité par extension, mais absolument pas le reflet de la matérialité de l'infraction.

³⁷⁶. A l'époque, la dérogation au principe de territorialité prévue par l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, pour toute infraction en général, était aussi prévue par l'ancien article 288 du Code pénal pour l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs en particulier.

³⁷⁷. C'est également ainsi que les commentateurs de la décision ont compris la solution : Crim., 4 juin 1969, n° 68-93.427, *Bull. crim.* n° 190, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 106, *JCP G* 1969, II, 16011, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 84, *Légal*.

³⁷⁸. *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 106, ss. Crim., 4 juin 1969. A supposer que la fabrication consiste effectivement en un comportement complexe se formant par la réunion de plusieurs actes de nature différente, dont l'impression de la pellicule incarnerait le premier d'entre eux, un tel acte ne s'en trouverait certainement pas pour autant punissable. En effet, dans toute infraction complexe, le premier acte du comportement pris isolément n'est pas punissable, et ne le devient que par l'adjonction du ou des actes suivants.

³⁷⁹. *JCP G* 1969, II, 16011, ss. Crim., 4 juin 1969.

165.- Le verbe « fabriquer » peut s’entendre de façon plus ou moins large. Soit il embrasse tout le processus global, soit il renvoie à la seule phase finale, qui débouche sur le produit fini. Parmi ces interprétations, ce n’est pas la première, mais la seconde qui correspond au comportement visé dans l’infraction d’outrage aux bonnes mœurs. Lorsque l’article du Code pénal, l’ancien article 283 comme l’actuel article 227-24, interdit le fait de fabriquer un support véhiculant un message contraire aux bonnes mœurs hier, violent ou à caractère pornographique aujourd’hui, le texte se réfère à l’achèvement intégral du support, et non à l’accomplissement progressif de ce dernier³⁸⁰. En d’autres termes, le comportement incriminé consiste en un seul acte marquant la finalisation de l’objet, et non en plusieurs actes correspondant à chaque étape de la réalisation. De nombreux arguments confortent la conception simple³⁸¹ de la fabrication. Ces derniers résultent, non seulement, de toute évidence, du principe de légalité, mais également, contre toute attente, d’une décision jurisprudentielle.

Le premier argument commandant la nature simple de l’infraction d’outrage aux bonnes mœurs par fabrication, résulte du principe de légalité et de son corollaire, la sécurité juridique. En vertu de ces derniers, les éléments constitutifs d’une infraction, dont fait partie l’élément matériel, sont obligatoirement décrits dans le texte d’incrimination de celle-ci. Il incombe donc au législateur d’indiquer, notamment, les modalités du comportement. Dans le cas d’une infraction composite, cela implique de préciser deux choses, non seulement que le comportement requiert plusieurs actes, mais également combien d’actes sont nécessaires au comportement. Il convient donc de fixer le principe et le quantum de la pluralité constitutive de l’infraction composite. Alors que dans l’infraction d’habitude, le législateur prévoit le principe de la pluralité d’actes, et la jurisprudence en précise le nombre, dans l’infraction complexe, le législateur se charge des deux à la fois³⁸². La doctrine s’attarde souvent sur la raison pour laquelle la jurisprudence décide du nombre d’actes en matière d’habitude³⁸³, mais s’est jamais penchée sur la raison pour laquelle le législateur conserve cette tâche concernant la complexité. L’explication tient à la manière dont le législateur indique le principe de la complexité, celle-ci fixant automatiquement le quantum de la complexité. Dans

³⁸⁰. LEGAL, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 84, ss. Crim., 4 juin 1969.

³⁸¹. L’adjectif simple renvoie ici au comportement qui se compose d’un seul acte.

³⁸². TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 227, n° 261.

³⁸³. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 195, n° 186 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 258, n° 346 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966, p. 276, n° 328.

l'infraction complexe, le quantum est donc inhérent au principe de la pluralité. En effet, si dans l'infraction d'habitude le législateur insère toujours le vocable « habitude » ou l'un de ses dérivés pour signaler que le comportement exige plusieurs actes de nature identique, en revanche il ne recourt jamais aux termes « complexe » ou « complexité » pour informer que le comportement requiert plusieurs actes de nature différente. A défaut d'utiliser une telle locution, le législateur renseigne sur la nature complexe de l'infraction à travers la description du comportement, en énumérant un par un les actes nécessaires à la formation de ce dernier. Par la force des choses, le texte d'incrimination d'une infraction complexe indique à la fois, que l'infraction exige plusieurs actes, et combien d'actes. Si l'article du Code pénal contient plusieurs actions ou omissions, c'est que l'infraction est complexe³⁸⁴. Et à l'inverse, si l'article du Code pénal ne mentionne qu'une seule action ou omission, c'est que l'infraction est simple. Or, l'ancien article 283, comme l'actuel article 227-24, font référence à un seul et unique verbe, « fabriquer ». Par conséquent, l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs par fabrication est une infraction simple, dont le comportement se cantonne à un seul acte, correspondant à la réalisation finale du support véhiculant le message interdit. A la suite d'une telle affirmation, deux remarques s'imposent. D'une part, le fait de fabriquer un support véhiculant un message prohibé peut renvoyer à un comportement simple, même lorsque la fabrication du support requiert plusieurs opérations en amont pour aboutir à la réalisation finale, comme c'est manifestement le cas pour une photographie. Par exemple, le meurtre (*C. pén.*, art. 221-6), défini comme le fait de donner la mort, est une infraction simple. Cependant, il arrive que le coup fatal exige auparavant

³⁸⁴. Sous réserve toutefois de procéder aux trois vérifications suivantes. Premièrement, tous les verbes doivent bien concerner la même infraction, et non renvoyer chacun à une infraction, car il arrive souvent qu'un même texte d'incrimination prévoit plusieurs infractions. Par exemple, l'outrage aux bonnes mœurs prohibe, notamment, « *le fait de fabriquer, détenir [...]* » un support véhiculant le message litigieux. Il ne s'agit pas d'une seule infraction complexe, qui exige un acte de fabrication et un acte de détention, mais de deux infractions simples commises, soit par un acte de fabrication, soit par un acte de détention. Deuxièmement, si tous les verbes concernent la même infraction, ils doivent aussi renvoyer à un comportement, et non à un comportement et un résultat. Pour le savoir, il convient d'identifier le lien qui les unit : si c'est un lien de matérialité, il s'agit de deux actes du comportement, si c'est un lien de causalité, il s'agit d'un acte du comportement et d'un résultat. Par exemple, l'escroquerie incrimine une tromperie suivie d'une remise, mais la remise incarne le résultat de la tromperie, et non le second acte du comportement. Troisièmement, si tous les verbes concernent la même infraction et renvoient à un comportement, ils doivent aussi être cumulatifs, et non alternatifs. Pour le savoir, il convient d'identifier la conjonction de coordination qui les unit : si c'est « et », il s'agit d'actes cumulatifs donc d'une infraction complexe ne pouvant être constituée que par la réunion de tous ces actes, si c'est « ou », « soit », il s'agit d'actes alternatifs donc d'une infraction simple pouvant être constituée par la réalisation d'un seul de ces actes. Par exemple, l'escroquerie interdite, « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne [...]* », mais chaque isolé suffit à caractériser la tromperie.

l'accomplissement de certains gestes, ne serait-ce que pour s'approcher de la victime ou maîtriser cette dernière. Concrètement, le coup fatal et les gestes antérieurs correspondent tous à des actes, et pourtant, même dans cette hypothèse, l'homicide volontaire demeure une infraction simple, dont le comportement consiste en un acte unique³⁸⁵. D'autre part, le fait de fabriquer un support véhiculant un message prohibé doit renvoyer à un comportement simple. En effet, selon le support en cause, mais aussi les circonstances de la cause, la fabrication requiert plus ou moins d'opérations, voire aucune opération, avant d'aboutir à la réalisation finale. La jurisprudence en a décelé trois pour la fabrication d'une photographie, mais rien ne dit que cette dernière retiendrait un nombre identique concernant un imprimé, un écrit, un dessin, une affiche, une gravure, une peinture, un film, un emblème, ou tout autre objet³⁸⁶. Or, une même infraction est simple ou complexe, mais pas à la fois simple et complexe, selon l'objet sur lequel elle porte ou le contexte dans lequel elle intervient.

Le second argument corroborant la nature simple de l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs par fabrication, ressort d'une décision jurisprudentielle. En vertu d'un arrêt du 21 juin 1976³⁸⁷, « *l'article 283 du Code pénal n'exige pas que la fabrication qu'il incrimine soit, en toutes les opérations qu'elle peut nécessiter, l'œuvre d'une seule personne* ». Une lecture rapide de la solution pourrait laisser penser que la Cour de cassation va dans le sens du caractère complexe de l'infraction, dans la mesure où elle sous-entend que la fabrication nécessite fréquemment plusieurs opérations, ce qui se traduirait par autant d'actes dans le comportement. Bien au contraire, la décision conforte la conception simple de l'infraction. En effet, dans toute infraction composite, la réunion des actes forme le comportement, à condition toutefois que tous les actes soient accomplis par le même auteur. Une telle exigence a déjà été posée en jurisprudence à propos de l'infraction d'habitude. Si les deux actes ne doivent pas nécessairement viser la même victime, en revanche ils doivent obligatoirement être commis par le même auteur. L'infraction complexe ne fait pas exception, pour la simple et bonne raison qu'un acte isolé d'une infraction composite n'est jamais punissable. En d'autres termes, une personne qui effectue un acte d'une infraction complexe, sans accomplir les autres actes prévus par le texte, ne peut pas être auteur de l'infraction

³⁸⁵. Crim., 13 mai 1965, n° 65-91.166, Bull. crim. n° 139.

³⁸⁶. Cette longue liste reprend les supports envisagés par l'ancien article 283. L'actuel article 227-24 s'est dispensé d'une telle énumération à travers la formule « *par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support* ».

³⁸⁷. Crim., 21 juin 1976, n° 75-91.825, Bull. crim. n° 222, Rev. sc. crim. 1977, p. 101, Levasseur.

complexe en cause. Par conséquent, l'arrêt du 21 juin 1976 ne signifie nullement que l'outrage aux bonnes mœurs est une infraction complexe dont les actes du comportement peuvent être réalisés par des personnes différentes, mais simplement que l'outrage aux bonnes mœurs est une infraction simple dont l'acte du comportement suffit à condamner l'auteur, peu importe que ce dernier n'ait pas réalisé toutes les étapes ayant abouti à l'acte incriminé³⁸⁸.

Le législateur, et la jurisprudence elle-même, lorsqu'elle n'est pas conditionnée par les impératifs de la localisation, permettent de conclure au caractère simple de l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs commise au moyen d'une fabrication. Par conséquent, la conception complexe retenue à l'occasion de la localisation de cette infraction est totalement factice, créé pour les besoins de la cause. L'un des commentateurs de la décision, certainement sans le vouloir, trahit l'esprit qui anime, voire contamine, la jurisprudence en matière de localisation. L'auteur affirme que la nature initialement souhaitée par le législateur est simple, constate que la nature finalement adoptée par la jurisprudence est complexe, et justifie ce choix diamétralement opposé en ces termes : « *le caractère de complexité [...], en la matière, répondait aux préoccupations essentielles qui ont motivé l'incrimination de la fabrication indépendamment de toute atteinte effective à la moralité d'autrui. Refuser à nos tribunaux le pouvoir de connaître du délit et de le réprimer sous prétexte que cette fabrication n'aurait pas été réalisée intégralement en France serait offrir aux malfaiteurs un moyen trop aisé de s'assurer l'impunité dans leur relations commerciales avec l'étranger* »³⁸⁹. Sans trahir la pensée de l'auteur, il semble possible de traduire cette dernière de la façon suivante : si le législateur a allégé l'incrimination d'un résultat dans un but répressif, ce n'est pas pour en perdre les bénéfices lorsque le comportement est réalisé à l'étranger, par conséquent la structure complexe décrétée par la jurisprudence est justifiée, compte tenu des avantages qu'elle implique en termes de localisation en France, et donc de répression par les juridictions françaises. Un tel raisonnement est malheureusement symptomatique et systématique dans ce domaine, le

³⁸⁸. A ce titre, dans la décision mentionnée, une seule personne est considérée comme auteur de l'outrage aux bonnes mœurs, pour avoir dupliqué puis proposé à la vente des vidéos portant atteinte aux bonnes mœurs. Les autres personnes ayant contribué aux opérations en amont, dans la mesure où elles n'ont pas réalisé l'acte final, ne pouvaient certainement pas être considérées comme auteur, mais éventuellement comme complice (*C. pén.*, art. 121-6 ; 121-7).

³⁸⁹. LEGAL, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 84, ss. *Crim.*, 4 juin 1969.

maître mot étant « *la fin justifie les moyens* »³⁹⁰. Cependant, aucun avantage conféré à la localisation, et partant à la répression, ne saurait justifier les ravages provoqués sur la consommation.

2 – *La critique*

166.- Le rattachement artificiel d'un acte supplémentaire au comportement engendre plus de dégâts sur la consommation qu'il procure de bienfaits à la localisation. Toute la configuration matérielle de l'infraction s'en trouve bouleversée, pas seulement dans ses modalités, mais également dans sa durée.

Premier bouleversement, la matérialité est modifiée au regard de ses modalités, et plus exactement du nombre d'actes, dans la mesure où le comportement se voit doté d'un acte supplémentaire. L'infraction simple se trouve donc transformée en infraction complexe, celle-ci passant d'un acte, à deux, voire plus. Les effets pervers d'une telle transformation sont doubles. D'une part, la confusion entre la consommation et l'exécution est accentuée. L'acte supplémentaire, puisé dans le processus de réalisation antérieur à l'acte marquant la consommation, appartient nécessairement à l'exécution. L'infraction complexe nouvellement créée se trouve donc composée, d'un acte initial relevant de la consommation, et d'un acte artificiel relevant de l'exécution. Par conséquent, la frontière entre l'exécution et la consommation, délicate en soi, disparaît presque, s'il est possible d'associer des actes provenant chacun de l'une et l'autre des deux étapes finales de l'*iter criminis*. D'autre part, la distinction entre l'infraction simple et l'infraction complexe est atténuée. Si une infraction originellement simple, peut commodément devenir complexe pour les besoins de la répression, la classification fondée sur le nombre d'actes du comportement, et les conséquences répressives qui en découlent normalement, ne revêt plus une grande signification. Malheureusement, la dénaturation de l'infraction ne s'arrête pas ici, en plus d'être structurelle, elle est aussi temporelle.

Second bouleversement, la matérialité est modifiée au regard de sa durée. Lorsqu'une infraction simple est transformée en infraction complexe, c'est dans le but d'être localisée comme une infraction composite. L'acte supplémentaire, par hypothèse

³⁹⁰. Proverbe prêté à Nicolas MACHIAVEL (1469-1527).

réalisé en France³⁹¹, est destiné permettre de rapatrier sur le territoire de la République l'acte initial effectué à l'étranger. L'artifice est avantageux pour la localisation, mais désastreux pour la consommation. Il ne faut pas oublier que la localisation d'une infraction initialement composite n'est pas sans répercussion négative sur la durée de cette dernière, qui se trouve automatiquement prolongée³⁹². Or, il n'est aucune raison pour qu'une infraction artificiellement complexe échappe à l'effet pervers constaté sur une infraction originellement complexe. D'autant plus que « l'infraction complexe » est immanquablement localisée à partir du « premier acte » du comportement, l'acte supplémentaire, puisé dans l'exécution, intervenant toujours avant l'acte initial. Par conséquent, lorsqu'une infraction simple est transformée en infraction complexe pour les besoins de la localisation, à l'abus de complexité, s'ajoute un substitut de continuité.

167.- Sous les effets de la localisation, un acte, ni constitutif, ni punissable se métamorphose en acte, à la fois constitutif et punissable. Les conséquences de la localisation sur la consommation sont donc particulièrement lourdes. Le rapport, coût pour la consommation, avantage pour la localisation, ne peut qu'interpeller quant à la légitimité et l'utilité de l'artifice de localisation consistant à injecter de la complexité dans une infraction simple. Le procédé est d'autant plus condamnable, qu'il n'est pas indispensable. En effet, l'acte supplémentaire annexé à l'acte initial, est extrait de l'exécution. Dès lors, ne serait-il pas plus approprié d'envisager un tel acte comme un commencement d'exécution, plutôt que de considérer ce dernier comme le premier acte du comportement. Bien entendu, cela suppose que les conditions de la tentative sont réunies, donc que la tentative de l'infraction en cause est prévue (*C. pén.*, art. 121-4), et que l'acte litigieux correspond à un commencement d'exécution³⁹³ (*C. pén.*, art. 121-5). Dans l'affirmative, cet acte, réalisé pendant l'exécution sur le sol national, pourrait incarner une véritable infraction tentée, entièrement commise sur le territoire de la République sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal, au lieu de représenter une soi-disant infraction complexe consommée, partiellement commise sur le territoire de la République sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 2 du même code. Cependant, au regard de la localisation, le respect des conditions de la tentative n'étant

³⁹¹. D'ailleurs, c'est uniquement parce qu'il est réalisé en France, qu'il est artificiellement rattaché au comportement.

³⁹². *Supra*, n° 142.

³⁹³. Si l'acte d'exécution est suffisamment abouti pour pouvoir passer pour un acte de la consommation, il y a de grandes chances pour qu'il puisse répondre à la définition du commencement d'exécution.

pas plus rentable que le respect des conditions de la consommation, la jurisprudence maintient et multiplie les artifices.

168.- En définitive, la pluralité, antinomique de l'infraction simple, est extorquée de cette dernière à travers ces deux techniques génératrices de complexité³⁹⁴, dont l'artifice va en progressant, que ce soit en efficacité comme en intensité. En termes d'efficacité, d'une part, chaque technique offrant des possibilités croissantes permettant de rattacher des « actes » au comportement d'une infraction simple. Le développement des moyens de communications, qui rend ces derniers toujours plus abondants et accessibles, promet un bel avenir à la complexité issue du procédé spécifique de réalisation des infractions à distances. Surtout, le déroulement des étapes de l'infraction, qui fait que la consommation est toujours précédée d'une phase d'exécution, assure une source intarissable à la complexité tirée du processus générique de perpétration des infractions par étapes. En termes d'intensité, d'autre part, chaque technique s'éloignant de plus en plus des impératifs de la consommation. Dans le cas de l'escroquerie ou des infractions à distance, l'acte artificiellement rattaché au comportement de l'infraction simple, certes ne correspond pas à la définition du second acte caractéristique de la complexité, mais est néanmoins puisé dans une composante constitutive de l'infraction simple, le résultat de l'acte, ou les versants de l'acte. Alors que dans le cas des infractions par étapes, l'acte artificiellement rattaché au comportement de l'infraction simple, n'est même pas puisé dans une composante de la consommation, mais dans une circonstance de l'exécution³⁹⁵. Créé à partir des éléments les plus divers, l'acte annexé au comportement de l'infraction simple pour les besoins de la localisation s'éloigne

³⁹⁴. Les développements qui précèdent se sont limités à quelques exemples significatifs d'infractions simples transformées en infractions complexes, mais toute infraction simple peut faire l'objet d'une réalisation, soit à distance, soit par étapes, et donc d'une modification de son nombre d'actes pour les besoins de la localisation. Dans chaque décision relative à la localisation d'une infraction présentée comme complexe, une comparaison scrupuleuse entre la matérialité commandée par le texte d'incrimination, et la qualification retenue pour les besoins de la localisation, permet de démasquer aisément les abus de complexité.

³⁹⁵. Dans la mesure où le critère de localisation sort de la consommation, l'artifice semble avoir sa place dans la seconde partie relative au débordement de la matérialité, plutôt que dans la première partie consacrée au démembrement de cette dernière. Cependant, le critère de localisation s'appuyant sur la complexité, notion tellement associée au comportement, le choix a été fait de traiter l'artifice au stade des manipulations dont fait l'objet le comportement, au titre du démembrement de la matérialité. Un tel questionnement sur l'emplacement de cet artifice au sein des développements est symptomatique des difficultés engendrées par les solutions rendues en matière de localisation. A manipuler, jusqu'à les détourner, les principes et les concepts de la consommation pour les besoins de la localisation, la jurisprudence instaure une grande confusion d'ensemble, qui remet en cause les classifications existantes, et rend impossible une démonstration linéaire.

grandement de l'acceptation du second acte caractéristique de la complexité, au point de bouleverser la définition de cette dernière.

Section II – Le visage de la complexité déformé

169.- La complexité a connu une évolution considérable. En quelques décennies, la notion est passée d'une conception extensive à l'acceptation restrictive qui est la sienne aujourd'hui, du moins s'il est fait abstraction des décisions rendues en matière de localisation. En effet, les quelques arrêts, non exhaustifs et non limitatifs, cités dans les développements qui précèdent, montrent que les hypothèses de complexité fréquemment retenues par la jurisprudence, correspondent rarement avec le concept d'infraction complexe traditionnellement reconnu par la doctrine. Il semblerait donc que le rétrécissement de la complexité qui s'est construit au fil du temps (§ I), laisse place au renouvellement de cette dernière au gré de l'espace (§ II).

I – Le rétrécissement au fil du temps

170.- Initialement, la complexité recouvrait des situations les plus diverses et variées, pour progressivement ne concerner qu'une certaine catégorie d'infractions. Une telle limitation du sens de la notion de complexité (A), a nécessairement engendré des répercussions sur le nombre d'infractions concernées (B).

A – La limitation de la notion

171.- La notion de complexité est considérée comme limitée aujourd'hui, parce que sa conception ancienne (1) était bien plus étendue que sa définition récente (2).

1 – La conception ancienne

172.- Lors de son intégration dans le lexique pénal, la complexité n'avait d'autre sens que celui qui lui était attribué dans le langage courant, à savoir une « *difficulté liée*

à la multiplicité des éléments et à leurs relations »³⁹⁶. Ainsi, étaient considérées comme des infractions complexes, les infractions « *qui, si l'on considère les faits matériels qui les constituent, sont des infractions de droit commun, mais qui, si l'on considère le but poursuivi par l'auteur, sont des infractions politiques* »³⁹⁷ (assassinat d'un chef d'Etat), les infractions « *qui renferment en elles plusieurs infractions* »³⁹⁸, soit parce que plusieurs actes sont accomplis dans un seul but (vol avec effraction, escroquerie au moyen d'un faux), soit parce qu'un seul acte emporte la violation de plusieurs droits (un même coup de feu tue une personne et en blesse une autre)³⁹⁹, les infractions qui renvoient à une « *unité de délit mais à une pluralité d'actes* »⁴⁰⁰ (plusieurs coups de feu tuant une même personne), ou encore les infractions « *qui se décomposent en plusieurs actes matériels différents, entre lesquels peut exister un intervalle de temps et de lieu* »⁴⁰¹. Même l'infraction d'habitude était considérée comme une infraction complexe. Par conséquent, l'appellation d'infraction complexe ne renvoyait pas à une catégorie déterminée d'infractions, mais regroupait une infinité de situations juridiques dans lesquelles intervenait un élément de perturbation.

Au fur et à mesure, ces situations juridiques *sui generis*, inconnues du droit pénal, ont reçu une classification propre, que ce soit par l'œuvre du législateur, sous l'effet de la jurisprudence ou au sein de la doctrine. Les infractions de droit commun commises dans un but politique ont rejoint la catégorie des infractions politiques. Les agissements, commis isolément ou successivement, pouvant recevoir plusieurs qualifications sont réglés, soit au regard d'un concours idéal d'infractions, soit au moyen de circonstances aggravantes. Les infractions consommées par un seul acte mais

³⁹⁶. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Complexité.

³⁹⁷. BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 206, n° 197 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 115, n° 195 ; LABORDE, *Précis de droit pénal français*, Montane, 3^e éd., 1911, p. 146, n° 208.

³⁹⁸. BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 205, n° 197.

³⁹⁹. BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 205, n° 197 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 115, n° 195 ; GARRAUD, *Précis de droit criminel, Explication élémentaire de la pratique du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Sirey, 15^e éd., 1934, p. 102, n° 44 ; LABORDE, *Précis de droit pénal français*, Montane, 3^e éd., 1911, p. 141, n° 203 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1947, p. 128, n° 79.

⁴⁰⁰. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 103, n° 44 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1947, p. 128, n° 79.

⁴⁰¹. BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975, p. 205, n° 197 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 114, n° 195.

réalisées au moyen de plusieurs actes sont considérées comme des infractions simples, grâce à la distinction entre les phases de consommation et d'exécution. Même l'infraction d'habitude a délaissé la catégorie des infractions complexes, pour intégrer celle, plus large, des infractions composites.

En définitive, de toutes les situations juridiques énumérées ci-dessus, l'appellation d'infraction complexe a fini par ne viser qu'une seule d'entre elles, l'hypothèse dans laquelle une infraction « *se décompose en plusieurs actes matériels différents, entre lesquels peut exister un intervalle de temps et de lieu* ». Une telle évolution de la notion de complexité, qui est passée d'une conception étendue à une acception limitée, a permis de dégager la définition actuelle de l'infraction complexe.

2 – La définition récente

173.- La doctrine contemporaine définit unanimement l'infraction complexe comme l'infraction dont le comportement se forme par la réunion de plusieurs actes de nature différente⁴⁰². L'infraction complexe renvoie donc à un type d'infraction bien précis, qui peut s'identifier suivant deux critères. D'une part, le nombre des actes dans le comportement, la pluralité requise distinguant l'infraction complexe de l'infraction simple. D'autre part, la nature des actes du comportement, la différence exigée différenciant l'infraction complexe de l'infraction d'habitude, au sein de la catégorie plus générale des infractions composites.

Non seulement la définition de l'infraction complexe s'est affinée, mais de surcroît une définition de l'acte caractéristique de la complexité a émergé, afin de ne pas confondre le second acte du comportement avec une autre composante de l'élément matériel, notamment le résultat. Une telle précision a été apportée par le Professeur André DECOCQ, qui considère que l'acte caractéristique de la complexité « *suppose une certaine initiative de l'agent, à l'exclusion de l'événement qui, découlant de l'acte*

⁴⁰². BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 314, n° 339 ; BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 217, n° 224 ; CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 119, n°209 ; DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167 ; DESPORTES et LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 400, n° 339 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 193, n° 186 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 617, n° 487 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 346, n° 371 ; RASSAT ; ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 208.

précédent sans aucune intervention nouvelle dudit agent, est le simple résultat de l'infraction »⁴⁰³.

A travers cette double délimitation, au regard des deux actes en général, et du second acte en particulier, l'infraction complexe revêt une signification très étroite, qui se traduit par des incriminations peu fréquentes.

B – La raréfaction des infractions

174.- Afin de déterminer avec certitude la nature complexe d'une infraction, il suffit de confronter le texte d'incrimination de cette dernière avec la définition de la complexité. En réalité, rares sont les infractions à réussir un tel examen, qui se révèle négatif pour l'infraction d'escroquerie (1), et positif pour quelques infractions de droit pénal des affaires (2).

1 – Le faux exemple de l'escroquerie

175.- A ce jour, il est possible d'affirmer que la quasi-totalité des auteurs considère l'escroquerie comme une infraction complexe⁴⁰⁴. Lorsque ces derniers se prononcent sur la nature de l'escroquerie, il n'est pas un article⁴⁰⁵ ou un ouvrage⁴⁰⁶, qui ne présente l'escroquerie comme l'exemple par excellence des infractions dont le comportement se forme par la réunion de deux actes de nature différente. Une telle conception de l'escroquerie, partagée par la doctrine, est largement provoquée et confortée par la jurisprudence, qui qualifie expressément le délit de complexe dans ses décisions relatives à la localisation, internationale comme interne⁴⁰⁷, de l'escroquerie.

⁴⁰³. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167.

⁴⁰⁴. *Contra* : SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 313, n° 423.

⁴⁰⁵. JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaire ou la prédilection pour l'inconsistance », *Mélanges Cassin*, PUAM, 2007, p. 262.

⁴⁰⁶. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 215, n° 221 ; CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 119, n° 209 ; DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 400, n° 439 ; GARCIN, *Lamy Droit pénal des affaires*, 2010, n° 260 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 193, n° 186 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 617, n° 487 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 346, n° 371 ; ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 208.

⁴⁰⁷. *Supra*, n° 54.

Cependant, les développements qui précèdent ont tenté de démontrer qu'en aucun cas l'article 313-1 du Code pénal ne confère un caractère complexe à l'escroquerie. L'analyse du texte d'incrimination ne permet pas de considérer cette dernière comme une infraction dont le comportement exige deux actes de nature différente, que ce soit en raison de l'exigence d'une remise, ou de la contenance de la tromperie. D'une part, la remise ne peut pas incarner le second acte du comportement, dans la mesure où elle représente le résultat de ce dernier⁴⁰⁸. D'autre part, la tromperie ne requiert pas plusieurs actes pour caractériser le comportement, malgré les différents exemples énumérés pour illustrer les cas de tromperie, et le pluriel utilisé pour désigner l'un d'entre eux, les manœuvres frauduleuses.

Si l'unique exemple d'infraction complexe cité par la doctrine s'avère finalement ne pas en être un, la question se pose de savoir s'il existe réellement des infractions complexes. La réponse est positive, le droit pénal spécial en proposant quelques unes.

2 – Les vrais exemples du droit pénal spécial

176.- Les infractions complexes sont rares, mais existent. Les recenser toutes relève de l'impossible, et s'avère même inutile. Ces dernières sont repérables au regard de deux critères cumulatifs contenus dans le texte d'incrimination. L'article doit, non seulement énumérer plusieurs actes, actions comme omissions, mais également relier ces actes par la conjonction de coordination « et ». Quelques unes sont prévues par le Code pénal, mais la majorité se situe dans d'autres codes.

Le Code pénal contient des exemples variés d'infractions complexes. En matière de protection des mineurs, d'abord, l'article 227-17-1 alinéa 2 punit « *le fait, par un directeur d'établissement privé accueillant des classes hors contrat, de n'avoir pas pris [...] les dispositions nécessaires pour que l'enseignement qui y est dispensé soit conforme à l'objet de l'instruction obligatoire [...] et de n'avoir pas procédé à la fermeture de ces classes* ». En matière de protection des biens, ensuite, l'article 313-5, 2° punit « *le fait par une personne qui sait être dans l'impossibilité absolue de payer ou qui est déterminée à ne pas payer [...] de se faire attribuer et d'occuper effectivement une ou plusieurs chambres dans un établissement louant des chambres, lorsque*

⁴⁰⁸. *Supra*, n° 28.

l'occupation n'a pas excédé dix jours »⁴⁰⁹. En matière de protection du corps humain, enfin, l'article 511-5-2, I punit « *le fait de conserver et transformer à des fins scientifiques, y compris à des fins de recherche génétique, des organes, des tissus, des cellules ou du sang, ses composants et ses produits dérivés [...] sans en avoir fait la déclaration préalable prévue à l'article L. 1243-3 du Code de la santé publique* ».

Le Code pénal n'est pas l'unique, et surtout le plus grand fournisseur d'infractions complexes. Quelques exemples peuvent être tirés du droit pénal du travail. En effet, l'article L. 1248-6 punit « *le fait de ne pas établir par écrit le contrat de travail à durée déterminée et de ne pas y faire figurer la définition précise de son motif* ». Ou encore, l'article L. 2335-1 punit « *le fait de ne pas constituer et réunir pour la première fois un comité de groupe* ». Mais la plupart des exemples sont puisés dans le droit pénal des affaires, que ce soit dans le Code de commerce ou dans le Code monétaire et financier. Ces derniers incriminent, le fait, pour un dirigeant de société à responsabilité limitée⁴¹⁰, de société anonyme⁴¹¹, d'établissement bancaire⁴¹², ou de service d'investissement⁴¹³, « *de ne pas dresser l'inventaire, établir les comptes annuels et un rapport de gestion* » pour chaque exercice. L'énumération n'est pas exhaustive, le Code de commerce comme le Code monétaire et financier renfermant encore d'autres cas infractions complexes⁴¹⁴.

Les quelques illustrations qui viennent d'être mentionnées montrent que les infractions complexes existent, même si leur proportion demeure faible par rapport à l'ensemble des infractions. Dès lors, la sous-représentation des infractions complexes au regard de la consommation, tranche avec la surreprésentation de ces dernières dans les hypothèses de localisation. Un tel décalage ne saurait s'expliquer autrement que par une conception extensive de la jurisprudence, qui semble s'écarter de la définition restrictive de la doctrine.

⁴⁰⁹. Ce cas précis de filouterie constitue une infraction complexe, les actes étant reliés par « et », mais les autres cas de filouterie contenus dans l'article constituent chacun des infractions simples, les actes étant reliés par « ou » : 1° « *de se faire servir des boissons ou des aliments dans un établissement vendant des boissons ou des aliments* » ; 3° « *de se faire servir des carburants ou lubrifiants dont elle fait remplir tout ou partie des réservoirs d'un véhicule par des professionnels de la distribution* » ; 4° « *de se faire transporter en taxi ou en voiture de place* ».

⁴¹⁰. C. com., art. L. 241-4.

⁴¹¹. C. com., art. L. 242-8.

⁴¹². C. mon. fin., art. L. 571-6.

⁴¹³. C. mon. fin., art. L. 573-3.

⁴¹⁴. Pour d'autres exemples en droit pénal des affaires : CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 119, n° 209 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 316, n° 427.

II – Le renouvellement au gré de l’espace

177.- Afin de localiser le plus grand nombre d’infractions sur le territoire de la République, la jurisprudence répète le schéma suivant : d’abord, récupérer un élément réalisé en France, ensuite, le rattacher au comportement réalisé à l’étranger, enfin, l’ériger en critère de localisation. Et pour donner une apparence de fondement juridique à ce procédé artificiel, la jurisprudence invoque inmanquablement le caractère complexe de l’infraction ainsi réputée commise sur le territoire de la République. Le recours à la complexité s’explique par le double avantage que présente cette catégorie d’infractions, en termes de configuration et de localisation. Non seulement, le comportement d’une infraction complexe se forme par la réunion de plusieurs actes de nature différente, et de surcroît, son critère de localisation réside dans l’un quelconque de ces actes. Or, par hypothèse, l’élément artificiellement annexé pour les besoins de la localisation est, non seulement distinct de l’acte auquel il vient se greffer, mais également commis en France. Par conséquent, ce dernier peut aisément se faire passer pour le second acte du comportement, et ainsi procurer un critère de rattachement territorial. Cependant, chaque fois que la jurisprudence recourt à la complexité dans des situations les plus diverses (A), la notion perd un peu plus de sa signification, jusqu’à voir sa définition réduite à la pluralité (B).

A – La diversité des situations

178.- L’élément de complexité destiné à servir de critère de localisation est puisé dans les situations les plus diverses les unes que les autres, aussi bien dans une composante à l’intérieur de la consommation (1), que dans une circonstance à l’extérieur de celle-ci (2).

1 – Les composantes internes

179.- Le label de la complexité est attribué à de nombreuses hypothèses puisées dans la consommation de l’infraction. Dès lors, la composante servant de critère de localisation, sous couvert du caractère complexe de l’infraction, est assimilée au second

acte du comportement de l'infraction en cause. Il est important de préciser qu'ici, la critique ne porte pas sur la désignation du critère de localisation. D'une part, il arrive que le critère de localisation choisi respecte le moment de la consommation, auquel cas la critique serait malvenue. D'autre part, lorsque le critère de localisation choisi ne respecte pas le moment de la consommation, la critique a déjà été développée. Ce qui est montré du doigt, c'est l'appellation du critère de localisation, qui consiste à qualifier une infraction de complexe, alors que la composante servant de critère de localisation n'est pas le second acte de son comportement. Dans l'hypothèse où le critère de localisation respecte le moment de la consommation, le recours à la complexité est d'autant plus regrettable qu'il est inutile. Et dans l'hypothèse où le critère de localisation ne respecte pas le moment de la consommation, le recours à la complexité est d'autant plus condamnable qu'il aggrave l'artifice.

180.- Les situations dans lesquelles la jurisprudence recourt à la complexité à des fins de localisation, sont au nombre de trois. Chacune d'entre elles ayant déjà été évoquée dans les développements qui précèdent, l'objectif du propos n'est absolument pas de s'adonner à une redite, mais simplement de procéder à un rappel, avec concision et abstraction, afin de mettre en lumière la diversité des abus de complexité.

D'abord, l'élément de complexité est puisé dans le résultat. Lorsque l'élément matériel exige un comportement et un résultat, l'un réalisé en France, l'autre à l'étranger, la jurisprudence voit dans cette pluralité de composantes le signe de la complexité, ce qui lui permet de réputer l'infraction commise sur le territoire de la République, dès lors que le résultat ou le comportement est réalisé en France⁴¹⁵. La référence au caractère complexe de l'infraction est alors erronée, dans la mesure où la présence d'un comportement et d'un résultat au titre de l'élément matériel ne signifie nullement que l'infraction est complexe, mais simplement que l'infraction est matérielle. Un tel stratagème peut potentiellement être mis en œuvre à propos de n'importe quelle infraction matérielle, mais il est particulièrement exploité à l'encontre de l'escroquerie. Cependant, les décisions relatives à la localisation internationale de l'escroquerie ont permis de remarquer une chose. Lorsque le résultat est réalisé en France, et le comportement à l'étranger, la motivation des arrêts ne fait pas référence au caractère complexe de l'escroquerie. En revanche, lorsque le résultat est réalisé à l'étranger, et le

⁴¹⁵. *Supra*, n° 28.

comportement en France, la nature complexe de l'escroquerie fait son apparition dans les attendus de la Cour de cassation. Il semblerait donc que le recours à la complexité soit réservé à l'hypothèse dans laquelle le critère de localisation ne correspond pas au moment de la consommation. Cela montre bien que l'abus de complexité n'a vocation qu'à maquiller le caractère artificiel du critère de localisation, ce qui malheureusement, ne fait qu'ajouter de l'artifice à l'artifice.

Ensuite, la complexité est puisée dans le comportement. Lorsque le comportement exige un seul acte, mais que cet acte est réalisé plusieurs fois par l'auteur, la jurisprudence voit dans cette pluralité d'actes le signe de la complexité, ce qui lui permet de réputer l'infraction commise sur le territoire de la République, dès lors qu'un des actes est réalisé en France⁴¹⁶. Ici encore, la référence au caractère complexe de l'infraction est erronée, dans la mesure où la répétition du seul acte nécessaire à la formation du comportement n'a pas pour conséquence de rendre l'infraction complexe, il s'agit seulement d'une circonstance entourant l'infraction simple.

Enfin, la complexité est puisée dans le comportement, mais d'une façon différente de la précédente. Lorsque le comportement exige un seul acte, et que cet acte est réalisé par un moyen de correspondance ou de communication, ce qui implique une phase d'émission et une phase de réception, la jurisprudence voit dans les deux versants de l'acte une pluralité signe de complexité, ce qui lui permet de réputer l'infraction commise sur le territoire de la République, dès lors que l'émission ou la réception est réalisée en France. Comme toujours, la référence au caractère complexe de l'infraction est erronée, dans la mesure où la décomposition du seul acte nécessaire à la formation du comportement n'a pas non plus pour conséquence de rendre l'infraction complexe, il s'agit seulement d'un procédé spécifique de réalisation de l'infraction simple.

2 – *Les circonstances externes*

181.- Le label de la complexité est pareillement attribué à des hypothèses puisées hors de la consommation. Ici aussi, la circonstance servant de critère de localisation, sous couvert du caractère complexe de l'infraction, est assimilée au second acte du comportement de l'infraction en cause. A l'instar des développements qui précèdent, la

⁴¹⁶. *Supra*, n° 175.

critique ne portera pas non plus sur la désignation du critère de localisation⁴¹⁷, mais uniquement sur la justification de ce dernier par le recours à la complexité.

182.- Les situations dans lesquelles la jurisprudence recourt à la complexité à des fins de localisation peuvent être distinguées selon que l'élément de complexité est plus ou moins proche de la consommation.

D'une part, l'élément de complexité, tout en n'appartenant pas à la consommation, est puisé près de cette dernière, dans la phase de l'*iter criminis* qui la précède immédiatement. Lorsque le comportement exige un seul acte au titre de la consommation, mais que cet acte est précédé d'un ou plusieurs actes au stade de l'exécution, la jurisprudence voit dans cette pluralité d'actes le signe de la complexité, ce qui lui permet de réputer l'infraction commise sur le territoire de la République, dès lors qu'un des actes d'exécution est réalisé en France. La référence au caractère complexe de l'infraction est assurément erronée, dans la mesure où l'exécution et la consommation sont deux phases bien distinctes, de sorte que le nombre d'actes accomplis pendant l'exécution n'a aucune incidence sur le nombre d'actes exigé pour la consommation.

D'autre part, l'élément de complexité, tout en n'appartenant pas à la consommation, est puisé loin de cette dernière, dans son environnement général, en amont comme en aval. Lorsqu'avant ou après sa consommation, l'acte du comportement est précédé ou succédé d'un élément en lien avec lui, soit parce qu'il en est la condition, soit parce qu'il en est une conséquence, la jurisprudence voit dans cette pluralité d'éléments le signe de la complexité, ce qui lui permet de réputer l'infraction commise sur le territoire de la République, dès lors que la condition ou la conséquence de l'acte est réalisée en France. La référence au caractère complexe de l'infraction est tout autant erronée, dans la mesure où il s'agit simplement d'une infraction simple qui est subordonnée à une condition préalable, ou qui a engendré des effets.

183.- Fabriquée à partir d'une composante interne à la consommation, comme d'une circonstance externe à cette dernière, la complexité peut être identifiée dans des

⁴¹⁷. Puisé hors de l'élément matériel, dans aucun des cas de figure le critère de localisation correspond au moment de la consommation. Cependant, soit la critique a déjà été évoquée antérieurement, lorsque le critère émane de l'exécution, soit la critique sera exposée ultérieurement, lorsque le critère résulte de la condition préalable ou des effets.

hypothèses les plus diverses, à partir d'un résultat, d'un acte excédentaire, d'un versant d'acte, d'un acte d'exécution, d'une condition préalable, ou d'un effet, mais dans aucun de ces six cas de figure, l'élément artificiel de complexité ne correspond au second acte du comportement véritablement caractéristique de la complexité. Le seul point commun des ces situations est de mettre en présence plusieurs éléments, l'acte du comportement d'une part, et une composante interne la consommation ou une circonstance externe à cette dernière d'autre part. Dès lors, il n'est pas exclu d'envisager que la définition de la complexité ne consiste plus en une pluralité d'actes différents au titre du comportement, mais en une pluralité quelconque.

B – La pluralité comme définition

184.- Localiser artificiellement une infraction en France est une chose, mais maquiller un tel artifice au moyen de la complexité en est une autre. Chaque fois qu'elle recourt à la complexité, non pas uniquement en présence de deux actes distincts du comportement, mais systématiquement à partir d'une pluralité quelconque d'éléments, la jurisprudence relative à la localisation confère une extension considérable à la notion de complexité (1), qui engendre l'extinction inéluctable de la catégorie des infractions complexes (2).

1 – L'extension infinie de la complexité

185.- La complexité telle qu'elle est entendue par la doctrine contemporaine, se cantonne à un type d'infractions bien précis, les infractions dont le comportement exige la réunion de plusieurs actes distincts, chaque acte supplémentaire devant consister en une intervention nouvelle de l'auteur de l'acte initial. En revanche, la complexité, telle qu'elle est étendue par la jurisprudence relative à la localisation, embrasse des situations très diverses, toute situation dans laquelle un élément, constitutif ou non, coexiste avec l'acte du comportement. Il semblerait donc que la jurisprudence se soit arrêtée sur un seul terme de la définition de la complexité dégagée par la doctrine : plusieurs. Dès lors que l'acte du comportement s'accompagne d'une composante tirée de la consommation ou d'une circonstance puisée hors de la consommation, la pluralité d'éléments permet de considérer que l'infraction est complexe. Réduite à la pluralité, la complexité s'étend à

l'infini. Chaque fois qu'une infraction met en présence plusieurs éléments, cette dernière peut être qualifiée de complexe. Or, c'est toujours le cas, dans la mesure où une infraction n'intervient jamais dans un environnement vierge. Par conséquent, toute infraction peut se voir appliquer le label de la complexité.

Paradoxalement, la complexité telle qu'elle est devenue sous l'effet de la jurisprudence relative à la localisation, recouvre une acception encore plus large que ce qu'elle a pu avoir lors de son apparition. En d'autres termes, même synonymes de difficulté, la complexité englobait moins de situations juridiques, que la complexité synonyme de pluralité. D'ailleurs, la jurisprudence ne peut même pas se retrancher derrière l'excuse selon laquelle les situations qu'elle qualifie de complexes renvoient à une difficulté quelconque. En effet, le résultat, l'exécution, la condition préalable, les effets, sont autant de concepts qui, s'ils ne sont pas toujours précisément définis en doctrine, sont néanmoins parfaitement identifiés en droit pénal, de sorte qu'il est impossible de les considérer comme un élément de perturbation venant entourer l'infraction, et donc de considérer cette dernière comme complexe.

2 – L'extinction annoncée de la catégorie

186.- A compter de l'instant où la complexité n'est plus limitée à une pluralité d'actes distincts dans le comportement, mais étendue à une pluralité quelconque entourant l'infraction, la catégorie des infractions complexes perd tout son sens et son intérêt. Les développements qui précèdent ont souligné, déjà à propos de la complexité, que pour être significative, une catégorie ne doit pas reposer sur un critère trop restrictif, pour ne correspondre qu'à une infraction, mais ne doit pas non plus reposer sur un critère trop extensif, et englober toutes les infractions⁴¹⁸. Or, la conception de la complexité telle qu'elle ressort de l'exploitation qu'en fait la jurisprudence relative à la localisation, tombe justement dans ce second travers. Par conséquent, lorsqu'une décision fait référence au caractère complexe d'une infraction dans sa motivation, la lecture du seul vocable ne permet pas d'assurer qu'il s'agit d'une infraction dont le comportement requiert deux actes de nature différente, il faut attendre la lecture de tout l'arrêt pour identifier la pluralité concernée, et donc déterminer de quel type d'infraction il est question. A correspondre à tout, la complexité ne renvoie à rien, et la catégorie des

⁴¹⁸. *Supra*, n° 30.

infractions complexes ne rime plus rien. Certes, il existe encore des infractions dont le comportement se forme par la réunion de plusieurs actes distincts, mais la catégorie des infractions complexes, jusque là réservée à ces dernières, n'existe plus. Un tel détournement, et de ce fait, une telle déformation de la complexité, montrent à quel point la quête à tout prix du rattachement territorial fait perdre, non seulement en légitimité à la localisation, mais également en lisibilité à la consommation.

Conclusion

187.- Nombre d'actes augmenté, durée entre les actes prolongée, le comportement est déformé dans tous ses aspects, du moins lorsqu'il consiste en une action. En effet, les exemples d'infraction dont la matérialité est ainsi malmenée par la localisation portent tous sans exception sur des infractions dont le comportement exige un ou plusieurs actes positifs. Deux hypothèses sont envisageables. Soit, en raison de sa matérialité difficilement perceptible, l'infraction d'omission ne peut pas faire l'objet d'une localisation dans l'espace, auquel cas elle ne risque effectivement pas d'être soumise à un artifice de localisation, faute de pouvoir être localisée. Soit, en dépit de sa matérialité difficilement perceptible, l'infraction d'omission fait bien l'objet d'une localisation dans l'espace, mais ne se voit exceptionnellement appliquer aucun artifice de localisation. Il ne fait aucun doute que la seconde hypothèse doit être retenue. Comme toute infraction, l'infraction d'omission peut faire l'objet d'un éclatement dans l'espace, qui pose la question de sa localisation internationale. Et contre toute attente, le critère de localisation d'une infraction d'omission, bien que « *flexible* »⁴¹⁹, n'est pas attentatoire à la matérialité de l'infraction. Paradoxalement, c'est au sujet de la localisation de l'infraction d'omission que la doctrine est la plus critique, alors que c'est dans ce domaine que la jurisprudence est la plus orthodoxe⁴²⁰. Le cas de l'infraction d'omission est suffisamment rare pour être souligné, mais ne saurait faire oublier les abus à l'encontre des autres infractions.

⁴¹⁹. Qualificatif employé par le Professeur Didier REBUT pour désigner le fait que la localisation d'une infraction d'omission se fait, principalement au lieu du domicile de l'auteur, et exceptionnellement au lieu du domicile de la victime : REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon, 1993, p. 192, n° 157.

⁴²⁰. Pour une explication complète et précise des solutions : REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon, 1993, p. 192, n° 157.

188.- En définitive, la technique mise en œuvre par la jurisprudence afin de rapatrier un maximum d'infractions sur le territoire de la République repose sur un schéma simple : diviser les composantes de la consommation pour multiplier les critères de localisation. Comme certains divisent pour mieux régner, la jurisprudence démembre pour mieux rayonner. Le procédé se retrouve à tous les échelons de l'élément matériel, entre le comportement et le résultat, en substituant le premier au second, et au sein du comportement lui-même, en subdivisant ce dernier. Si la méthode de localisation ne varie pas, en revanche les atteintes à la consommation s'intensifient. Simplement atténuée en cas de substitution du comportement au résultat, la matérialité de l'infraction est véritablement dénaturée en cas de subdivision du comportement, étant entendu que les artifices peuvent se cumuler, dans l'hypothèse où une infraction matérielle est rattachée au sol national à partir du premier acte du comportement, au lieu du résultat. Mais, la jurisprudence ne se contente pas de manipuler les composantes internes de l'infraction, et va jusqu'à récupérer des composantes externes à celle-ci pour faire office de critère de localisation.

PARTIE II – LA MATERIALITE DEBORDEE

189.- L'interprétation extensive de la notion de « fait constitutif » ne permet pas seulement de puiser le critère de localisation dans n'importe quelle composante se trouvant à l'intérieur l'élément matériel, mais également d'implanter celui-ci dans une composante se situant à l'extérieur de l'élément matériel. Dans une telle hypothèse, le critère de localisation ne se contente d'ignorer le moment de la consommation, il est tout bonnement détaché de son processus, dans la mesure où il vient se fixer dans un élément ne contribuant pas à la formation de l'infraction. La jurisprudence ne se contente plus d'exploiter le contenu de l'infraction, mais va jusqu'à dépasser ses contours. Le débordement de la matérialité qui en résulte est double, pour opérer avant l'infraction, par anticipation (Titre I), et après l'infraction, par prolongation (Titre II).

TITRE I – LE DEBORDEMENT PAR ANTICIPATION

190.- Lorsque le critère de localisation ne peut pas être puisé à l'intérieur de l'élément matériel, et qu'il faut rechercher celui-ci à l'extérieur de la matérialité, la première possibilité consiste à examiner ce qui s'est produit avant l'infraction. Une infraction apparaissant, souvent à l'issue de plusieurs étapes, et toujours au sein d'un certain contexte, dès lors que ce qui compose l'élément matériel se produit à l'étranger, mais que ce qui précède ce même élément matériel est accompli en France, le rattachement territorial est puisé dans l'un de ces deux antécédents. Une infraction peut donc être localisée sur le sol national, non seulement à partir des étapes de sa réalisation, les phases de l'*iter criminis* (Chapitre I), mais également à travers son contexte de réalisation, la condition préalable (Chapitre II).

Chapitre I – Les phases de l'*iter criminis*

191.- Une infraction peut être la marque d'une impulsion subite, comme le fruit d'opérations multiples⁴²¹. Dans cette dernière hypothèse, le passage à l'acte résulte d'un cheminement chez l'auteur de l'infraction, intérieur puis extérieur, qui se décompose en plusieurs étapes : la pensée criminelle, la résolution criminelle, les actes préparatoires, l'exécution, et la consommation. Cependant, sur ces cinq phases de l'*iter criminis*, toutes ne peuvent pas générer un critère de localisation dépassant la matérialité de l'infraction vers l'amont.

D'une part, la consommation ne peut pas fournir un critère de localisation débordant la matérialité de l'infraction, car lorsqu'il est puisé dans la consommation, le critère de localisation ne se situe pas hors de l'élément matériel, mais dans ce dernier. Cela ne signifie nullement que le critère de localisation fixé dans la consommation n'est jamais artificiel. Bien au contraire, il l'est souvent, chaque fois que le rattachement territorial réside dans une composante quelconque, et non dans la dernière composante de l'infraction. Cependant, dans pareil cas, l'artifice ne consiste pas en un débordement, mais en un démembrement de la matérialité.

D'autre part, la pensée et la résolution criminelle ne peuvent pas fournir un critère de localisation débordant la matérialité de l'infraction, dans la mesure où le critère de localisation n'est jamais puisé dans ces dernières. Si la localisation peut manifestement trouver un point d'encrage dans n'importe quelle réalité matérielle, en revanche c'est purement impossible dans une dimension intellectuelle⁴²². Or, la pensée comme la résolution criminelle ne dépassent pas le seuil de l'idée. Envisager ou décider de commettre une infraction n'est rien d'autre qu'une conceptualisation abstraite dans l'esprit de l'auteur, et ne connaît pas d'extériorisation concrète à travers les actions ou les omissions de ce dernier. Le fait penser ou de se résoudre à passer à l'acte n'est pas palpable, donc pas localisable. Par conséquent, la pensée comme la résolution criminelle, faute de pouvoir être localisées tout court, ne peuvent pas être localisées en France, et ainsi offrir une chance de rattachement au territoire de la République. Eriger l'une ou l'autre en critère de localisation reviendrait à pousser l'artifice à l'extrême,

⁴²¹. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 354, n° 379.

⁴²². C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, parmi les éléments constitutifs de l'infraction, l'élément moral ne peut pas servir de critère de localisation à cette dernière.

dans la mesure où il ne consisterait pas « simplement » à démembrer ou à déborder la matérialité, mais irait carrément jusqu'à inventer la matérialité.

Une fois la consommation, la pensée criminelle, et la résolution criminelle écartées, il reste néanmoins deux phases dans lesquelles le critère de localisation peut s'implanter avant l'apparition de l'élément matériel, l'exécution (Section I), et la préparation (Section II).

Section I – Les contradictions du commencement d'exécution

192.- L'étape de l'*iter criminis* qui précède directement la consommation est indistinctement désignée exécution ou commencement d'exécution, comme si tout acte d'exécution consistait nécessairement en un commencement d'exécution. Pourtant, il existe une distinction entre le simple acte d'exécution et le commencement d'exécution, quand bien même cette dernière est excessivement difficile à mettre en œuvre⁴²³. La distinction est délicate en pratique, mais importante en théorie, dans la mesure où le simple acte d'exécution échappe toujours à la répression, alors que le commencement d'exécution peut être rattrapé par celle-ci à travers la tentative punissable.

Lorsqu'elle extrait le rattachement territorial depuis la phase d'exécution d'une infraction, la localisation puise aussi bien, dans le commencement d'exécution, que dans le simple acte d'exécution. Cette dernière hypothèse fait nécessairement écho à un artifice dénoncé dans les développements qui précèdent, relatifs à la création de cas de complexité à partir d'un acte d'exécution⁴²⁴. Il peut donc sembler surprenant, qu'une hypothèse relevant du débordement de la matérialité, ait été évoquée parmi les hypothèses de démembrement de celle-ci. En effet, en fixant le rattachement territorial d'une infraction dans un acte d'exécution, la jurisprudence puise le critère de localisation, non pas à l'intérieur, mais à l'extérieur de l'élément matériel, tout ce qui relève de l'exécution étant par définition étranger à la consommation. Un tel artifice trouvait donc naturellement sa place dans la seconde partie de la présente étude, consacrée aux débordements de la matérialité, et notamment aux débordements par anticipation, le critère de localisation se situant, non seulement hors de l'élément

⁴²³. SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 87.

⁴²⁴. *Supra*, n° 158.

matériel, mais également avant ce dernier. Toutefois, l'artifice de localisation a été traité dès la première partie, dédiée aux démembrements de la matérialité, dans la mesure où celui-ci opère sous couvert de la complexité. Lorsque la jurisprudence localise une infraction simple à partir d'un acte d'exécution effectué en France, faute de pouvoir se servir de l'acte de consommation réalisé à l'étranger, elle confère à l'infraction en cause une structure complexe, le propre de l'infraction complexe étant de pouvoir être rattachée au territoire de la République par l'un quelconque des actes de son comportement. Il semblait cohérent de regrouper tout ce qui touche à la complexité, que ce soit son exploitation ou sa création pour les besoins de la localisation. La complexité faisant référence à une pluralité d'actes différents dans le comportement, donc à des composantes à l'intérieur de l'élément matériel, c'est la raison pour laquelle les deux cas de figure ont été exposés et critiqués dans les développements relatifs à la matérialité démembrée.

Le fait d'avoir traité la situation dans laquelle le critère de localisation est décelé dans un acte d'exécution ne dispense pas de s'intéresser à celle dans laquelle le rattachement territorial est implanté dans le commencement d'exécution, d'autant que ce dernier renferme un paradoxe. De prime abord, le commencement d'exécution représente le critère de localisation naturel d'une infraction tentée⁴²⁵, et artificiel d'une infraction consommée. Mais en réalité, le commencement d'exécution se révèle incarner un critère de localisation ébranlable pour la première (§ I), et préférable pour la seconde (§ II).

I – Le rattachement ébranlable de l'infraction tentée

193.- L'article 121-5 du Code pénal subordonne la tentative à deux conditions, un commencement d'exécution, et une absence de désistement volontaire. Ces derniers peuvent donc s'analyser comme des composantes de l'infraction tentée, composantes ayant toutes deux vocation à être exploitées par la localisation, la jurisprudence ayant démontré à quel point elle sait tirer avantage de la structure plurale d'une infraction.

⁴²⁵. A l'échelle d'une infraction tentée, le commencement d'exécution de se situe pas à l'extérieur, mais à l'intérieur de la matérialité, donc toute critique éventuelle devrait s'analyser en un démembrement, et non en un débordement. Cependant, le plan de la présente étude s'articule autour de la matérialité de l'infraction, non pas tentée, mais consommée. Et à l'échelle d'une infraction consommée, le commencement d'exécution se situe bien à l'extérieur de la matérialité.

Pourtant, la jurisprudence se focalise uniquement sur l'une de ces composantes, proclamant souvent la présence d'un commencement d'exécution (A), et occultant toujours l'absence de désistement volontaire (B).

A – Le commencement d'exécution proclamé

194.- En présence d'une infraction dont le résultat projeté à l'étranger a échoué, le commencement d'exécution réalisé en France sert inmanquablement à relier la tentative d'infraction au territoire de la République. Si la désignation du commencement d'exécution comme critère de localisation semble évidente (1), en revanche la démonstration du commencement d'exécution est déficiente (2).

1 – Une désignation évidente

195.- Lorsque la réalisation d'une infraction débute en France, doit normalement s'achever à l'étranger, mais finalement n'aboutit pas du tout, le commencement d'exécution qui s'est déroulé sur le sol national permet de retenir une tentative d'infraction sur territoire de la République. La solution est constante en jurisprudence, qui a notamment décidé que la tentative de communication d'un secret de fabrique (*C. propr. intell.*, art. L. 621-1) est commise sur le territoire de la République, lorsque le détenteur du secret a obtenu celui-ci en France et entreprend un voyage vers la Belgique afin de l'y livrer⁴²⁶, ou que la tentative d'escroquerie (*C. pén.*, art. 313-1 ; 313-3) s'est produite sur le sol national, lorsqu'un intermédiaire présente de faux documents à une banque domiciliée en France afin que cette dernière vire des fonds sur un compte établi en Afrique⁴²⁷.

La sélection du commencement d'exécution comme critère de localisation d'une tentative d'infraction semble devoir échapper à la critique, de par son caractère à la fois légal et logique. D'une part, le rattachement territorial d'une tentative d'infraction est légal, dans la mesure où l'article 113-2 du Code pénal, en visant les infractions « commises » ou réputées « commises » sur le territoire de la République, fait référence

⁴²⁶. *Crim.*, 4 juill. 1903, *D.* 1903, 1, p. 425.

⁴²⁷. Paris, 1^{er} juill. 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 163, Aymond.

à toutes les infractions quelle que soit leur forme, consommée ou tentée⁴²⁸. En effet, la commission englobe aussi bien la consommation que tentative, et ce en vertu de l'article 121-4 du Code pénal, qui définit l'auteur d'une infraction consommée comme la personne qui « *commet* » les faits incriminés, et l'auteur d'une infraction tentée comme celle qui « *tente de commettre* » un crime ou un délit. La commission peut donc revêtir deux manifestations, l'une parachevée à travers l'infraction consommée, l'autre inachevée à travers l'infraction tentée. Par conséquent, une infraction commise ou réputée commise sur le territoire de la République, est une infraction, aussi bien consommée que tentée, qui entretient une relation avec le sol national. D'autre part, le rattachement territorial d'une tentative d'infraction à partir du commencement d'exécution est logique, dans la mesure où le critère de localisation correspond, à première vue, à la portion de matérialité effectivement accomplie sur le territoire de la République. Si le commencement d'exécution incarne manifestement le critère de localisation approprié d'une infraction tentée, cela ne dispense pas pour autant de procéder à la caractérisation détaillée de ce dernier.

2 – Une démonstration déficiente

196.- Le commencement d'exécution cristallise le seuil à compter duquel la répression peut exceptionnellement s'appliquer dès l'exécution de l'infraction, sans attendre la consommation de celle-ci. Malgré l'enjeu déterminant renfermé par la notion, le législateur n'en propose aucune définition dans l'article 121-5 du Code pénal. C'est donc à la jurisprudence qu'est revenue la tâche d'en préciser les contours⁴²⁹. Les

⁴²⁸. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 441, note 250.

⁴²⁹. De son côté, la doctrine s'est prononcée sur le commencement d'exécution, mais il est, non seulement impossible, et de surcroît inutile, de tenter d'esquisser une définition émanant de cette dernière. D'une part, dégager une définition doctrinale du commencement d'exécution est impossible, car si les auteurs s'accordent sur l'exigence *a minima* d'un acte concret, en revanche ils se séparent concernant l'exigence supplémentaire d'un état d'esprit. La question divise la doctrine en trois théories. D'abord, la théorie à dominante matérialiste, tantôt appelée théorie « absolue », « naturaliste », « objective », ou « objectiviste », qui se concentre sur l'analyse factuelle de la relation entre l'acte d'exécution accompli par l'agent et l'élément matériel de l'infraction en cause. Ensuite, la théorie à dominante spiritualiste, tantôt dénommée théorie « relative », « subjective », ou « subjectiviste », qui se recentre sur la psychologie qui anime l'agent. Enfin, la théorie mixte, aussi désignée comme la théorie subjective avec un correctif objectif. Cependant, toute entreprise consistant à recenser puis résumer l'ensemble des ces théories, pour en faire ressortir une ligne directrice, est vaine, et ce pour deux raisons. *Primo*, les partisans d'une même théorie peuvent opérer des nuances, ce qui entraîne des sous-théories. *Secundo*, ce qui est qualifié d'objectif ou de mixte par certains auteurs, peut être considéré comme subjectif par d'autres, ce qui entretient les confusions. D'autre part, dégager une définition doctrinale du commencement d'exécution est inutile, car les théories proposées par la doctrine n'exercent pas de

décisions rendues en la matière montrent que cette dernière n'élabore pas une définition du commencement d'exécution, mais utilise plusieurs formulations pour caractériser celui-ci. Ainsi, le commencement d'exécution désigne tour à tour, « *tout acte extérieur auquel il n'a manqué qu'un complément d'exécution* »⁴³⁰, « *tout acte tendant directement au crime ou au délit, avec intention de le commettre* »⁴³¹, « *tout acte ayant pour conséquence directe et immédiate la réalisation du crime ou du délit* »⁴³², ou « *tout acte devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime ou le délit, celui-ci étant entré dans sa période d'exécution* »⁴³³. Cette variété d'expressions jurisprudentielles, qui n'a pas manqué d'attirer les foudres doctrinales⁴³⁴, fait dire qu'il n'existe pas véritablement une théorie de la tentative, mais seulement une politique criminelle de la tentative⁴³⁵. Cependant, même s'il est difficile de dégager une conception uniforme du commencement d'exécution, il n'est pas pour autant impossible de discerner les conditions principales de ce dernier, à savoir un élément matériel consistant en un ou plusieurs actes entretenant un lien de causalité avec l'infraction projetée, et un élément moral résidant dans l'intention irrévocable d'atteindre l'infraction convoitée⁴³⁶.

véritable influence sur les solutions adoptées par la jurisprudence. Pour un aperçu complet des théories doctrinales : DEVEZE, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1981, p. 777 ; SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 10.

⁴³⁰. Crim., 10 août 1906, *Bull. crim.* n° 333.

⁴³¹. Crim., 5 juill. 1951, *Bull. crim.* n° 198, *Rev. sc. crim.* 1952, p. 439, Légal ; Crim., 29 déc. 1970, n° 70-90.981, *Bull. crim.* n° 356, *JCP G* 1970, II, 16770, Bouzat, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 99, Légal ; Crim., 8 nov. 1972, n° 72-91.720, *Bull. crim.* n° 331, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 205, Doucet, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 372, n° 30, Pradel et Varinard ; Crim., 2 mai 1974, n° 72-90.462, *Bull. crim.* n° 156 ; Crim., 11 juin 1975, n° 75-90.235, *Bull. crim.* n° 150, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 407, Larguier.

⁴³². Crim., 3 nov. 1927, *S.* 1929, 1, p. 119 ; Crim., 19 juin 1979, n° 79-90.526, *Bull. crim.* n° 219, *D.* 1979, p. 525, Puech ; Crim., 5 juin 1984, n° 83-90.215, *Bull. crim.* n° 212.

⁴³³. Crim., 25 oct. 1962, *Bull. crim.* n° 292 et 293, *D.* 1963, p. 221, Bouzat, *JCP G* 1963, II, 12985, Vouin, *Rev. sc. crim.* 1963, p. 553, Légal, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976, p. 329, Puech ; Crim., 18 août 1973, n° 73-90.434, *Bull. crim.* n° 339, *Rev. sc. crim.* 1974, p. 575, Larguier ; Crim., 3 mai 1974, n° 73-92.289, *Bull. crim.* n° 157, *D.* 1974, p. 139, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 372, n° 30, Pradel et Varinard ; Crim., 15 mai 1979, n° 78-93.914, *Bull. crim.* n° 175, *D.* 1979, p. 525, Puech, *ibid.* 1980, p. 409, Cambassédès, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 88, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 969, Larguier ; Crim., 14 juin 1995, n° 94-85.119, *Bull. crim.* n° 222, *Dr. pén.* 1995, comm. 222, Véron, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 365, Bouloc ; Crim., 11 mai 2011, n° 10-84.344, inédit, *Dr. pén.* 2011, comm. 103, Véron.

⁴³⁴. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 209 ; RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^e éd., 2014, p. 347, n° 242.

⁴³⁵. SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 24.

⁴³⁶. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 313, n° 383 ; DESPORTES et LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 414, n° 454 ; DEVEZE, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1981, p. 784 ; GARE et GINESTET, *Droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, 7^e éd., 2012, p. 117, n° 196 ; MAYAUD, *Droit*

197.- Confrontée à une infraction qui a débuté en France, qui aurait dû s'achever à l'étranger, et souhaitant constater une tentative d'infraction sur le territoire de la République, la jurisprudence doit procéder en deux temps, à savoir démontrer que les conditions du commencement d'exécution sont remplies, puis désigner le commencement d'exécution comme le critère de localisation. En d'autres termes, le commencement d'exécution doit être caractérisé avant d'être exploité. Quelques trop rares décisions prennent le soin d'établir l'existence d'un commencement d'exécution, avant d'ériger ce dernier en critère de localisation. Par exemple, dans un arrêt du 4 juillet 1903⁴³⁷, la Cour de cassation considère que le fait d'entreprendre un voyage de la France vers la Belgique en possession d'un secret de fabrique est « *un acte ayant une relation nécessaire et directe avec le délit qui devait se consommer à l'étranger, qui représente l'un des éléments constitutifs de la tentative* ». Cependant, la plupart des décisions se dispensent d'une telle opération de qualification, et se contentent d'affirmer l'existence d'un commencement d'exécution faisant office de critère de localisation. Ainsi dans un arrêt du 1^{er} juillet 1966⁴³⁸, la cour d'appel de Paris constate l'emploi de plusieurs manœuvres frauduleuses, puis conclut à l'existence d'une tentative d'escroquerie, sans vérifier que les actes délictueux répondent aux conditions matérielle et intentionnelle du commencement d'exécution.

Cette évolution, de la véritable démonstration du commencement d'exécution vers la simple affirmation de ce dernier, n'est pas réservée aux seules décisions concernant la localisation d'une tentative d'infraction, mais se retrouve dans toutes les décisions portant sur la tentative d'infraction. Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, une grande majorité d'arrêts se borne à proclamer l'existence d'un commencement d'exécution, sans passer par le rappel d'une définition, ni vérifier le respect de ses deux conditions⁴³⁹. Cependant, cette tendance dans la motivation des arrêts relatifs à la

pénal général, PUF, 4^e éd., 2013, p. 281, n° 270 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 628, n° 494 ; SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 31 ; SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^e éd., 2012, p. 87, n° 142.

⁴³⁷. Crim., 4 juill. 1903, *D.* 1903, 1, p. 425.

⁴³⁸. Paris, 1^{er} juill. 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 163, Aymond.

⁴³⁹. Crim., 7 déc. 1960, *Bull. crim.* n° 575, *JCP G* 1961, II, 11964, Chambon ; Crim., 22 janv. 1963, n° 62-92.644, *Bull. crim.* n° 37 ; Crim., 23 juill. 1969, n° 69-90.087, *Bull. crim.* n° 234, *D.* 1970, p. 361, Roujou de Boubée, *JCP G* 1970, II, 16507 bis, Littman ; Crim., 4 janv. 1978, n° 77-90.947, *Bull. crim.* n° 5 ; Crim., 10 mai 1990, n° 89-81.772, *Bull. crim.* n° 182 ; Crim., 25 juill. 1991, n° 90-81.335, inédit,

tentative d'infraction en général, ne saurait constituer un exemple à suivre, ni même un argument à produire, pour justifier la carence des arrêts relatifs à la localisation de la tentative d'infraction en particulier. D'une part, l'absence de caractérisation du commencement d'exécution est contestable en soi, dans la mesure où seule l'assurance d'un réel commencement d'exécution permet de légitimer l'intervention anticipée de la répression, exceptionnellement autorisée dès l'exécution de l'infraction, alors qu'elle est traditionnellement subordonnée à la consommation de celle-ci. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le commencement d'exécution n'est pas une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation⁴⁴⁰, contrôle qui implique un minimum d'éléments afin de pouvoir être exercé. D'autre part, l'absence de caractérisation du commencement d'exécution est encore plus condamnable en matière de localisation, dans la mesure où l'assurance d'un réel commencement d'exécution renferme, non pas un, mais deux enjeux, puisqu'à la légitimité de l'intervention de la répression, s'ajoute la légitimité de l'implantation de la localisation. Sans commencement d'exécution, non seulement il n'y a pas de tentative punissable, mais de surcroît il n'y a pas de rattachement territorial possible. Compte tenu de cette double considération, il serait plus que souhaitable que la jurisprudence, lorsqu'elle érige un commencement d'exécution en critère de localisation d'une tentative d'infraction, ne se contente pas d'un attendu lapidaire, mais prenne le temps de caractériser le commencement d'exécution, en vérifiant la réunion des conditions de ce dernier au regard d'une définition préalablement rappelée.

Dr. pén. 1992, comm. 29, Véron ; *Crim.*, 19 janv. 1993, n° 90-84.624, *Bull. crim.* n° 25 ; *Crim.*, 7 sept. 1993, n° 93-82.904, *Bull. crim.* n° 262, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 323, Bouloc ; *Crim.*, 6 avr. 1994, n° 93-82.606, *Bull. crim.* n° 135, *Dr. pén.* 1994, comm. 158, Véron, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 760, Bouloc ; *Crim.*, 1^{er} juin 1994, n° 93-83.382, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 234, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 102, Ottenhof ; *Crim.*, 12 juill. 1994, *Dr. pén.* 1995, comm.1, Véron ; *Crim.*, 25 oct. 1995, n° 94-86.064, *Bull. crim.* n° 321, *Dr. pén.* 1996, comm. 63, Robert ; *Crim.*, 10 janv. 1996, n° 95-85.284, *Bull. crim.* n° 14 ; *Crim.*, 22 févr. 1996, n° 95-81.627, *Bull. crim.* n° 89, *Dr. pén.* 1996, comm. 184, Véron, *Rev. sc. crim.* 1996, Bouloc ; *Crim.*, 19 juin 1996, n° 95-83.756, *Bull. crim.* n° 265, *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 171, *JCP G* 1996, IV, 2349 ; *Crim.*, 3 sept. 1996, inédit, *Dr. pén.* 1997, comm. 17, Véron ; *Crim.*, 3 oct. 1996, inédit, *D.* 1998, p. 68, de Lamy ; *Crim.*, 5 mai 1997, n° 96-81.462, *Bull. crim.* n° 168 ; *Crim.*, 26 mars 1998, n° 96-85.636, *Bull. crim.* n° 117 ; *Crim.*, 26 avr. 2000, n° 00-80.694, *Bull. crim.* n° 164, *Dr. pén.* 2000, comm. 137, Véron ; *Crim.*, 22 août 2001, n° 01-84.024, *Bull. crim.* n° 169 ; *Crim.*, 25 juin 2003, inédit, *Dr. pén.* 2003, comm. 125, Robert.

⁴⁴⁰. *Crim.*, 14 oct. 1854, *Bull. crim.* n° 304, *S.* 1854, 1, p. 125 ; *Crim.*, 20 juill. 1861, *D.* 1861, 1, p. 405, *S.* 1861, 1, p. 1020 ; *Crim.*, 12 avr. 1877, *D.* 1878, 1, p. 33, *S.* 1877, 1, p. 329 ; *Crim.*, 1^{er} mai 1879, *S.* 1880, 1, p. 233 ; *Crim.*, 3 janv. 1913, *D.* 1914, 1, p. 41, Donnedieu de Vabres, *S.* 1913, 1, p. 281, Roux. Un tel contrôle s'étend même aux décisions de la cour d'assises, depuis l'obligation de motivation des arrêts d'assises instaurée par la loi du 10 août 2011 (L. n° 2011-939, 10 août 2011, *JO* 11 août).

De prime abord, la preuve du commencement d'exécution est contestable, mais le choix de celui-ci comme critère de localisation est indiscutable. Pourtant, le choix lui-même peut être remis en cause, car en se focalisant uniquement sur le commencement d'exécution, la localisation occulte totalement l'absence de désistement volontaire, autre condition de la tentative punissable.

B – Le désistement involontaire occulté

198.- A l'instar du commencement d'exécution, l'absence de désistement volontaire est exigée pour caractériser une tentative punissable. Cependant, à l'inverse du commencement d'exécution, l'absence de désistement volontaire n'est pas exploitée pour localiser une tentative d'infraction. Un tel délaissement du désistement involontaire au stade de la localisation de la tentative (1), ne peut qu'engendrer l'amoindrissement de cette condition au sein de la composition de celle-ci (2).

1 – Le rejet au stade de la localisation

199.- Condition de la tentative punissable, l'absence de désistement volontaire devrait être regardée comme le critère de localisation potentiel d'une infraction tentée. D'une part, la politique opportuniste de la jurisprudence amène cette dernière à exploiter la moindre composante d'une infraction, consommée comme tentée, pour les besoins de la localisation. D'autre part, la logique juridique de retenir tout particulièrement cette composante comme critère de localisation de l'infraction tentée.

La tentative est une infraction inachevée, mais n'en demeure pas moins une infraction à part entière⁴⁴¹. Une localisation respectueuse de sa formation supposerait de faire coïncider le critère de localisation sa dernière composante, qui n'est autre que l'absence de désistement volontaire. En effet, si la dernière composante d'une infraction est changeante, pour consister alternativement dans un acte du comportement ou dans le résultat selon la structure de l'élément matériel, en revanche la dernière composante d'une infraction tentée est constante, pour résider invariablement dans l'absence de désistement volontaire. Contrairement à l'infraction consommée, qui recouvre des

configurations multiples au gré des articles du Code pénal, l'infraction tentée connaît une composition unique dictée par l'article 121-5 du même code, à savoir un commencement d'exécution suivi d'un désistement involontaire. Une localisation en adéquation avec une telle composition devrait donc puiser son critère de rattachement territorial, non pas dans le commencement d'exécution, mais dans l'absence de désistement volontaire.

Si la jurisprudence ne s'oblige pas à faire coïncider le critère de localisation d'une infraction parachevée avec le moment final de sa consommation, il est évident qu'elle ne va pas s'astreindre à faire correspondre le critère de localisation d'une infraction inachevée avec le moment final de sa consommation. L'indifférence de la localisation pour le moment de la formation de l'infraction devrait se traduire par la prise en compte de l'une quelconque de ces composantes, pas de façon aléatoire, mais de façon alternative. Si la dernière composante, est réalisée en France, elle sert de critère de référence. Et seulement si la dernière composante est réalisée à l'étranger, mais que la première composante est réalisée en France, alors la première composante sert de critère de secours. En quelque sorte, l'absence de désistement volontaire devrait incarner le critère de localisation principal d'une infraction tentée, et le commencement d'exécution le critère de rattachement subsidiaire de celle-ci. C'est toujours ainsi que la jurisprudence procède concernant une infraction consommée, ne se rabattant sur le comportement effectué en France, que parce que le résultat est réalisé à l'étranger⁴⁴², ou sur le premier acte du comportement accompli en France, que parce que le second acte s'est produit à l'étranger⁴⁴³. Ce n'est pourtant pas ainsi qu'elle opère à propos d'une infraction tentée, se reposant toujours sur le commencement d'exécution, mais ne retenant jamais l'absence de désistement volontaire. Il n'est pas besoin d'une multitude de décisions pour arriver à cette conclusion, une seule suffit pour formuler un tel constat. L'arrêt précité du 1^{er} juillet 1966⁴⁴⁴ est éloquent. En l'espèce, un individu envoie un courrier depuis l'Afrique, mandatant un tiers de se présenter, muni de faux documents, auprès d'une banque établie en France, afin que celle-ci lui remette des

⁴⁴¹. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 186, n° 325, et p. 193, n° 338 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 486, n° 230 ; SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 4.

⁴⁴². *Supra*, n° 36.

⁴⁴³. *Supra*, n° 105.

⁴⁴⁴. Paris, 1^{er} juill. 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 163, Aymond.

fonds, ce qu'elle n'a pas fait s'étant aperçue de la supercherie. Le commencement d'exécution, constitué par l'envoi d'un courrier depuis l'Afrique vers la France, et de l'intervention d'un tiers en France, n'est que partiellement perpétré sur le territoire de la République⁴⁴⁵. Alors que l'absence de désistement volontaire de l'escroc, constitué par le refus de la banque, située en France, de procéder au virement des fonds demandés, est totalement intervenu sur le territoire de la République. Par conséquent, entre une condition en partie sur le sol national, et une condition en entier sur celui-ci, le critère de localisation semblait tout désigné. Pourtant, la cour d'appel de Paris a rattaché la tentative d'escroquerie au territoire de la République, non pas à partir de l'absence de désistement volontaire totalement réalisée en France, mais du commencement d'exécution partiellement effectué sur le sol national. La solution ne peut que surprendre, pas seulement parce que l'absence de désistement volontaire correspond au critère idoine au regard du droit, aussi parce qu'elle représente un critère aisé au regard des faits. A défaut de choisir la composante la plus appropriée juridiquement, la jurisprudence retient au moins la mieux située géographiquement. L'arrêt est donc significatif quant à la réticence de la jurisprudence à intégrer l'absence de désistement volontaire au titre des critères de localisation d'une infraction tentée. Mais ce n'est pas là sa seule marque de rejet à l'encontre de cette condition.

200.- L'indifférence de la jurisprudence à l'égard de l'absence de désistement volontaire concernant la sélection du critère de localisation, se retrouve dans la détermination du fondement de la localisation. Dans la décision relative à la tentative de communication d'un secret de fabrique⁴⁴⁶, la Cour de cassation se déclare compétente sur le fondement du principe de territorialité, c'est donc que la Haute juridiction considère que, le commencement d'exécution étant totalement accompli en France, l'infraction tentée est entièrement commise sur le territoire de la République. Dans la décision relative à la tentative d'escroquerie⁴⁴⁷, la cour d'appel de Paris s'estime compétente sur le fondement de l'extension de territorialité, c'est donc que les juges du fond considèrent que, le commencement d'exécution s'étant partiellement produit en France, l'infraction tentée est réputée commise sur le territoire de la République.

⁴⁴⁵. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la tentative d'infraction est seulement réputée commise sur le territoire de la République, sur le fondement de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, devenu l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal.

⁴⁴⁶. Crim., 4 juill. 1903, *D.* 1903, 1, p. 425.

⁴⁴⁷. Paris, 1^{er} juill. 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 163, Aymond.

Les deux arrêts montrent à quel point la jurisprudence s'attache exclusivement au commencement d'exécution pour mesurer la portion de matérialité en lien avec le sol national. Cependant, un tel raisonnement fait fi de l'autre condition de la tentative, l'absence de désistement volontaire. Une infraction, qu'elle soit consommée ou tentée, doit être située dans l'espace en fonction de l'ensemble de ses composantes, de sorte que si l'une d'elle vient à se produire à l'étranger, elle doit se traduire en élément d'extranéité. Par conséquent, lorsque le commencement d'exécution s'accomplit en France, la tentative d'infraction ne doit pas automatiquement être considérée comme totalement commise sur le territoire de la République sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal. Il convient d'opérer une distinction selon que l'absence de désistement volontaire se produit en France ou à l'étranger. S'il a lieu en France, la tentative est effectivement totalement commise sur le territoire de la République, et l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal s'applique. Mais s'il a lieu à l'étranger, la tentative est seulement partiellement commise sur ce dernier, et l'article 113-2 alinéa 2 du même code s'impose. Une telle éviction au sein du fondement, ajoutée à l'exclusion au titre du critère de localisation, traduisent incontestablement l'occultation du désistement involontaire au stade de la localisation d'une tentative d'infraction, et soulèvent nécessairement des interrogations quant à la place de cette condition au sein de la tentative punissable.

2 – *Le recul au sein de la composition*

201.- L'absence de désistement volontaire est indiscutablement un élément constitutif de la tentative punissable. Cette condition est expressément consacrée dans la loi⁴⁴⁸, unanimement relayée dans la doctrine⁴⁴⁹, rigoureusement appliquée par la jurisprudence⁴⁵⁰, et pourtant, l'absence de désistement volontaire est totalement occultée

⁴⁴⁸. L'article 121-5 du Code pénal dispose que « *la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ».

⁴⁴⁹. Suivant le plan du Code pénal, les manuels abordent tous sans exception l'étude de la tentative en deux temps, à travers ses deux éléments constitutifs, le commencement d'exécution, puis l'absence de désistement volontaire.

⁴⁵⁰. Les hypothèses sont rares, mais lorsque l'agent se désiste volontairement et spontanément, c'est-à-dire de son plein gré sans aucune contrainte ou influence extérieures, la tentative n'est pas retenue : T. corr. Fort-de-France, 22 sept. 1967, *JCP G* 1968, II, 15583, Biswang, *Rev. sc. crim.* 1969, p. 130, Légal ; Aix-en-Provence, 26 févr. 1998, *Juris-Data* n° 1998-040959 ; Paris, 6 févr. 2001, *Juris-Data* n°

en matière de localisation d'une tentative d'infraction, au point de ne même pas être mentionnée dans les arrêts recensés. L'explication d'une telle abstraction au niveau de la localisation vient probablement du caractère très particulier de cette composante propre à une infraction inachevée. En effet, le commencement d'exécution est traditionnellement considéré, de par les deux facettes de sa définition, à la fois comme l'élément matériel et l'élément moral de la tentative punissable, et à ce titre offre une matérialité dans laquelle la localisation peut puiser un critère de rattachement territorial. L'absence de désistement volontaire, quant à elle, est présentée comme une condition supplémentaire, sans être rattachée à l'élément matériel ou moral de la tentative punissable, de sorte qu'elle semble n'offrir aucune assise matérielle nécessaire à l'ancrage d'un critère de localisation. Pourtant, l'absence de désistement volontaire n'est pas dénuée de matérialité. En cas de désistement contraint, d'une part, l'agent est interrompu dans son entreprise par une cause extérieure, qui réside dans l'intervention d'un tiers ou une opposition de la victime, donc le désistement involontaire se manifeste concrètement. En cas de désistement influencé, d'autre part, lorsque l'agent est interrompu dans ses actes par une cause interne, comme la peur ou la crainte, un tel sentiment étant toujours, ou presque, provoqué par une cause extérieure qui fait obstacle à la liberté de choix de l'agent⁴⁵¹, même dans cette hypothèse le désistement ne se réduit pas à une dimension intellectuelle, mais revêt un caractère matériel. Contraint ou influencé, le désistement involontaire, offre une consistance suffisante pour pouvoir être rattaché à l'élément matériel de la tentative punissable. Certes, le désistement involontaire ne consiste jamais en un acte de l'auteur, mais seul le comportement requiert un acte émanant de l'auteur, pas les autres composantes de l'élément matériel. En effet, dans une infraction consommée, le résultat, composante incontestée de l'élément matériel, peut prendre les formes les plus diverses. Par exemple, dans l'escroquerie, la remise consiste en un acte de la victime, dans le meurtre, la mort correspond à un état de la victime. Par conséquent, dans l'infraction tentée, rien ne s'oppose à ce que l'absence de désistement volontaire incarne, à côté du commencement d'exécution, une composante de l'élément matériel, ou du moins, une composante

2001-142909 ; Douai, 6 mai 2003, *Juris-Data* n° 2003-218244, *Dr. pén.* 2003, comm. 122, Véron ; Douai, 5 nov. 2008, *Juris-Data* n° 2008-373284.

⁴⁵¹. SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 48.

suffisamment concrète pour être érigée en critère de localisation et intégrée dans le fondement de la localisation.

202.- Il est notoire que la localisation prend des libertés avec l'infraction, consommée, comme tentée. Cependant une telle émancipation ne va pas jusqu'à signifier que la localisation ne fournit aucune indication sur la composition des infractions, que ce soit au moyen du critère de localisation, ou à travers le fondement de la localisation. L'exclusion de l'absence de désistement volontaire de la désignation du critère de localisation est surprenante, la tendance de la jurisprudence étant de puiser hors des composantes de l'infraction, mais certainement pas de se priver d'une des composantes de cette dernière. Mais surtout, l'exclusion de l'absence de désistement volontaire de la détermination du fondement de la localisation est éloquente. Si le choix entre l'alinéa 1 ou l'alinéa 2 de l'article 113-2 du Code pénal est sans incidence sur l'étendue de la compétence des juridictions, en revanche celui-ci prend toute son importance concernant l'étendue de la composition de l'infraction. Selon que la localisation repose sur l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal ou sur l'article 113-2 alinéa 2 du même code, l'infraction est considérée comme totalement ou partiellement commise sur le territoire de la République. Par conséquent, le texte visé renseigne sur le contenu de l'infraction localisée, pour en être le reflet. C'est notamment ce qui provoque des interrogations concernant la configuration du délit d'initié. Si l'infraction se borne à la passation d'un ordre boursier, pourquoi n'est-elle considérée que partiellement commise sur le territoire de la République, lorsque la passation de l'ordre boursier a lieu en France ? Cela signifie-t-il que l'exécution de l'ordre boursier est une composante du délit d'initié⁴⁵² ? Les mêmes interrogations se posent inévitablement concernant la composition de la tentative punissable. Si l'absence de désistement volontaire est requise au titre de la tentative punissable, pourquoi une tentative d'infraction peut-elle être considérée comme totalement commise en France, lorsque l'absence de désistement volontaire a lieu à l'étranger ? Cela signifie-t-il que l'absence de désistement volontaire n'est pas une composante de la tentative punissable ?

Peut-être est-ce trop faire parler la localisation, que d'interpréter son indifférence à l'égard de l'absence de désistement volontaire, comme une remise en cause de

⁴⁵². *Supra*, n° 86.

l'existence de cette composante au sein de la tentative punissable⁴⁵³. Néanmoins, une telle ignorance minimise l'importance de cette composante, pour la reléguer à une condition de second rang. Sans aller jusqu'à reprocher à la localisation de modifier la composition de la tentative punissable, il est en revanche possible de constater qu'elle atténue cette dernière, en se focalisant sur le commencement d'exécution, au détriment de l'absence de désistement volontaire. La précellence du commencement d'exécution devrait subir la concurrence du désistement involontaire, que ce soit dans la désignation du critère de localisation, ou dans la détermination du fondement de celle-ci. Finalement, le commencement d'exécution n'incarne pas une référence incontestée dans la localisation d'une infraction tentée, mais peut être le critère privilégié d'une infraction consommée.

II – Le rapatriement préférable de l'infraction consommée

203.- De prime abord, un intitulé recommandant le commencement d'exécution comme critère de localisation d'une infraction consommée peut sembler, non seulement erroné, mais de surcroît incongru. Erroné, tant il est improbable d'associer le commencement d'exécution avec une infraction consommée, le propre du commencement d'exécution étant d'incarner l'un des éléments constitutifs d'une infraction tentée, qui justement n'est pas parvenue à achèvement. Incongru, surtout, tant il semble impossible d'envisager le commencement d'exécution comme le critère de localisation approprié d'une infraction consommée, celui-ci étant déjà décrié concernant l'infraction tentée. Et pourtant, ces deux affirmations s'avèrent tout à fait concevables, après un décryptage de la localisation (A), et un calibrage de la qualification (B).

A – Le décryptage de la localisation

204.- L'artifice consistant à localiser une infraction consommée par son commencement d'exécution passe toujours inaperçu, car dans une telle hypothèse le critère de localisation n'est jamais qualifié de commencement d'exécution. Pourtant, le

⁴⁵³. En quelque sorte, la localisation revient à la configuration initiale de la tentative punissable, limitée au commencement d'exécution : GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* Sirey, 3^e éd., 1935, p. 486, n° 230.

subterfuge demeure bien réel, et se rencontre fréquemment, dès lors qu'une infraction renferme un élément matériel à composantes multiples. En effet, dans une infraction matérielle, qui exige un comportement suivi d'un résultat, ou dans une infraction formelle composite, qui requiert plusieurs actes, le critère de localisation vient indifféremment se fixer dans l'une ou l'autre de ces composantes, la dernière comme la précédente, le comportement pour l'infraction matérielle, le premier acte pour l'infraction formelle composite. Quelle que soit la nature de l'infraction, matérielle ou formelle composite, chaque fois que la première composante de l'élément matériel fait office de rattachement territorial à l'infraction, le critère de localisation correspond ni plus ni moins au commencement d'exécution de celle-ci. En effet, à l'échelle de l'hexagone, l'infraction n'est réalisée qu'en partie, seul le début de réalisation se trouvant enraciné sur le territoire de la République, c'est-à-dire le commencement d'exécution. Or, cette partie, érigée en critère de localisation, permet de considérer que le tout est commis sur le territoire de la République. Par conséquent, le commencement d'exécution d'une infraction, effectué en France, peut rapatrier une infraction consommée sur le sol national. Ce qui est inconcevable pour la consommation n'est donc pas insurmontable pour la localisation, le commencement d'exécution, inapte à achever une infraction, pouvant néanmoins attirer celle-ci sur le territoire de la République. Non seulement le critère de localisation n'est pas puisé dans la dernière composante de l'infraction, mais de surcroît ce dernier est cherché hors des composantes de l'infraction, le commencement d'exécution se situant avant la consommation⁴⁵⁴. Cependant, une fois n'est pas coutume, un tel cas de figure ne doit pas nécessairement être décrié comme un subterfuge de la localisation, mais peut éventuellement être présenté comme une solution pour celle-ci, sous réserve d'un correctif de qualification.

B – Le calibrage de la qualification

205.- En présence d'une infraction dont la première composante est réalisée en France et la seconde à l'étranger, considérer qu'il ne s'agit pas d'une infraction consommée, localisée par sa première composante, mais d'une infraction tentée, rapatriée par son commencement d'exécution, revient à jouer, non pas sur le critère de

⁴⁵⁴. Vu sous cet angle, l'artifice de localisation n'est donc pas simplement un démembrement, mais véritablement un débordement de la matérialité.

rattachement territorial, mais sur la qualification de l'infraction rattachée au territoire, en délaissant sa forme consommée pour sa forme tentée. Une telle lecture de la situation, pour être retenue, nécessite d'évacuer deux objections.

En premier lieu, il peut sembler paradoxal d'avoir dénigré le commencement d'exécution comme critère de localisation d'une infraction tentée, pour ensuite proposer ce même commencement d'exécution comme critère de localisation d'une infraction... tentée⁴⁵⁵. Cependant, l'objectif des développements qui précèdent n'était pas tant de critiquer la fixation du critère de localisation d'une infraction tentée dans le commencement d'exécution, mais plutôt de s'étonner de l'absence totale de prise en compte du désistement involontaire dans la localisation d'une infraction tentée, au titre du critère comme du fondement. Dans la solution préconisée, le commencement d'exécution est certes désigné comme critère de rattachement territorial, mais l'absence de désistement volontaire est aussi intégrée dans la localisation, au niveau du fondement de la compétence territoriale.

En second lieu, il peut sembler impraticable de prétendre analyser une infraction consommée à l'étranger comme une infraction tentée en France. La tentative punissable répond à un certain nombre de conditions spécifiques, qui tiennent à son caractère particulier d'infraction incomplète, et qu'il est impossible de retrouver dans une infraction aboutie. La crainte est donc qu'un artifice de localisation soit simplement remplacé par un artifice de qualification. Là n'est absolument pas la finalité de la solution préconisée. Une infraction consommée à l'étranger reconvertie en infraction tentée en France peut tout à fait remplir les conditions de la tentative punissable que sont, pour les citer dans l'ordre, l'absence de résultat, le commencement d'exécution, et l'absence de désistement volontaire. La caractérisation du commencement d'exécution ne soulève aucune difficulté⁴⁵⁶, dans la mesure où la première composante de l'infraction consommée à l'étranger correspond au commencement d'exécution de l'infraction tentée en France⁴⁵⁷. Reste à démontrer, l'absence de résultat (1), et l'absence de désistement volontaire (2).

⁴⁵⁵. Par hypothèse, l'infraction consommée à l'étranger est considérée comme tentée en France.

⁴⁵⁶. C'est d'ailleurs la possibilité de déceler un commencement d'exécution dans la portion de matérialité réalisée en France qui est à l'origine de tout le raisonnement.

⁴⁵⁷. Le commencement d'exécution est donc formé, par le comportement d'une infraction matérielle, ou par le premier acte du comportement d'une infraction formelle composite.

1 – L'absence de résultat

206.- L'absence de résultat incarne la première condition à laquelle est subordonnée la tentative. Si cette condition initiale n'est pas remplie, l'examen des conditions suivantes s'avère inutile, faute de pouvoir se placer sur le terrain d'une infraction inachevée. Ici, l'absence de résultat ne renvoie pas au cas particulier de l'infraction matérielle dont le comportement n'est pas suivi d'un résultat, mais au cas général de toute infraction, matérielle ou non, dont le commencement d'exécution n'a pas atteint le but escompté⁴⁵⁸. Cette condition représente probablement la plus à même de susciter la défiance, à l'égard de l'audacieuse proposition d'analyser une infraction consommée en une infraction tentée. Et pour cause, une infraction consommée, par définition, consiste en une infraction arrivée à son terme, alors qu'une infraction tentée, par opposition, ne doit pas parvenir à celui-ci. Cependant, dans l'hypothèse où une infraction consommée voit sa dernière composante se réaliser à l'étranger, il est possible de considérer que cette composante réalisée à l'étranger correspond au résultat manqué de l'infraction tentée. En quelques sortes, l'extranéité du résultat⁴⁵⁹ de l'infraction parachevée équivaut à l'absence de résultat de l'infraction inachevée. Il n'y a peut être pas d'absence de résultat en soi, dans la mesure où un résultat est accompli à l'étranger, mais il y a de toute évidence une absence de résultat en France, puisque justement le résultat s'est produit à l'étranger. Certes, une telle transformation d'une infraction consommée en infraction tentée revient à ignorer la part de consommation réalisée à l'étranger. Cependant, aucune raison, hormis l'opportunisme, ne justifie que la fiction ne joue que dans un sens, toujours lorsqu'il s'agit de faire comme si ce qui n'a pas lieu en France est tout de même réalisé en France, et jamais lorsqu'il s'agit de faire comme si ce qui n'a pas lieu en France n'est pas réalisé du tout.

⁴⁵⁸. Dans le cas d'une infraction matérielle, il s'agit effectivement d'un comportement auquel n'a pas succédé le résultat. Dans le cas d'une infraction formelle composite, il s'agit alors d'un premier acte auquel ne vient pas s'associer un second acte.

⁴⁵⁹. Il convient bien sûr d'entendre ici le résultat comme la dernière composante de l'infraction, le résultat dans une infraction matérielle, et le second acte du comportement dans une infraction formelle composite.

2 – L'absence de désistement volontaire

207.- L'absence de désistement volontaire incarne la dernière condition à laquelle est subordonnée la tentative. Si cette condition terminale n'est pas remplie, la réunion des conditions précédentes est insuffisante pour pouvoir parler de tentative punissable. L'absence de désistement volontaire ne soulève pas de difficulté particulière quant à la transposition d'une infraction consommée à l'étranger en une infraction tentée en France. En effet, l'infraction en cause étant parvenue à achèvement au-delà des frontières, c'est bien qu'aucun désistement, même involontaire, ne peut être constaté chez l'auteur, ce dernier n'ayant pas été interrompu dans son entreprise, que ce soit par une cause extérieure ou intérieure. En quelque sorte, l'absence de désistement tout court équivaut à une absence de désistement volontaire. Ce ne serait pas la première fois que la jurisprudence fait preuve de souplesse dans son approche de la tentative punissable. Elle a créé depuis longtemps une troisième hypothèse de tentative punissable⁴⁶⁰, en assimilant une infraction impossible à une infraction tentée, le caractère impossible du résultat faisant office d'absence de désistement volontaire⁴⁶¹. Elle peut bien admettre aujourd'hui un cas supplémentaire de tentative punissable, et assimiler une infraction comportant un élément d'extranéité à une infraction tentée, en analysant le caractère extra territorial du résultat comme une absence de désistement volontaire.

⁴⁶⁰. En disposant que « *la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* », l'article 121-5 du Code pénal ne prévoit que deux hypothèses de tentative punissable, la tentative interrompue et la tentative manquée. Si les deux hypothèses sont assimilées sur le plan légal, elles recèlent néanmoins des différences matérielles et morales. Sur le plan matériel, l'infraction manquée suppose que l'agent ait réalisé la totalité des actes d'exécution liés à la perpétration de l'infraction, tandis que l'infraction interrompue implique que l'agent ne soit parvenu à réaliser qu'une partie des actes d'exécution liés à la perpétration de l'infraction. Sur le plan moral, l'infraction manquée n'autorise aucun doute sur l'intention de l'agent, tandis que l'infraction interrompue laisse subsister une part d'incertitude. Sur les nuances de la distinction : DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 174 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 412, n° 449 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 298, n° 284 ; PRADEL et VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 381 ; REBUT, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Tentative, n° 44 ; SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 68 ; SIMON, « Sur les cas de délit manqué », *RD pén. crim.* 1949, p. 673, *ibid.* 1950, p. 136.

⁴⁶¹. *Crim.*, 4 nov. 1876, *Bull. crim.* n° 210, *D.* 1878, 1, p. 33, Lefort, *S.* 1877, 1, p. 48 ; *Crim.*, 12 avr. 1877, *S.* 1877, 1, p. 329 ; *Crim.*, 4 janv. 1895, *D.* 1896, 1, p. 21, Garraud ; *Crim.*, 9 nov. 1928, *Bull. crim.* n° 57, *D.* 1929, 1, p. 97, Henry, *JCP G* 1929, p. 239, Garraud ; *Crim.*, 3 août 1938, *Rev. sc. crim.* 1939, p. 84, Hugueney ; *Crim.*, 19 mai 1949, *Bull. crim.* n° 181 ; *Crim.*, 15 juin 1961, *Bull. crim.* n° 299 ; *Crim.*, 23 juill. 1969, n° 69-90.087, *Bull. crim.* n° 234, *D.* 1970, p. 361, Roujou de Boubée, *JCP G* 1970, II, 16507 bis, Littman ; *Crim.*, 7 janv. 1980, n° 79-90.933, *Bull. crim.* n° 8, *D.* 1980, p. 521, Puech ; *Crim.*, 16 janv. 1986, n° 85-95.461, *Bull. crim.* n° 25, *D.* 1986, p. 265, Mayer, Gazouaud et Pradel, *JCP G* 1987, II, 20774, Roujou de Boubée, *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 377, Doucet, *Rev. sc. crim.*

Les développements qui précèdent ont amplement critiqué le fait que l'absence de désistement volontaire est ignorée dans le cadre de la localisation d'une infraction tentée « classique », ce n'est pas pour l'oublier au niveau de la localisation d'une infraction consommée reconvertie en infraction tentée. L'absence de désistement volontaire, par hypothèse réalisée à l'étranger, ne peut pas être érigée en critère de localisation, mais doit être intégrée dans le fondement de celle-ci. Par conséquent, l'infraction consommée à l'étranger mais débutée en France, doit être considérée comme une infraction tentée partiellement commise sur le territoire de la République, en vertu de l'extension de territorialité contenue à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal.

208.- En présence d'une infraction dont la première composante est réalisée en France, et la dernière à l'étranger, considérer qu'une tentative d'infraction est partiellement commise sur le territoire de la République permettrait d'offrir une solution conciliant les principes de la consommation et les préoccupations de la localisation. Les principes de la consommation imposent de calquer la localisation sur la consommation, en faisant coïncider le critère de localisation avec le moment de la consommation, à savoir la dernière composante de l'élément matériel. Dès lors, une infraction dont la première composante est réalisée en France, et la dernière à l'étranger, ne pourrait jamais être considérée comme commise sur le territoire de la République. A l'inverse, les préoccupations de la localisation autorisent à émanciper la localisation de la consommation, en faisant remonter le critère de localisation sur la première composante de l'élément matériel. Ainsi, une infraction dont la première composante est réalisée en France, et la dernière à l'étranger, peut toujours être considérée comme partiellement commise sur le territoire de la République. La solution intermédiaire, à travers la requalification de l'infraction consommée en infraction tentée, permettrait d'admettre la localisation partielle en France, tout en constatant l'absence de consommation en France. Pour reprendre l'exemple d'une infraction récurrente dans les décisions relatives à la localisation, une escroquerie dont le comportement est accompli en France, mais dont le résultat s'est produit à l'étranger, ne serait plus considérée comme une escroquerie partiellement commise sur le territoire de la République, mais comme une tentative d'escroquerie partiellement réalisée sur le sol national. Possible juridiquement,

1986, p. 839, Vitu, *ibid.* 1986, p. 849, Levasseur ; Crim., 15 mars 1994, n° 93-81.607, inédit, *Dr. pén.*

l'alternative est souhaitable politiquement, dans la mesure où la répression par le droit français sanctionnerait ce qui s'est effectivement déroulé sur le territoire de la République. De plus, la répression gagnerait en légitimité sans pour autant perdre en sévérité, une infraction tentée encourant les mêmes peines qu'une infraction consommée (*C. pén.*, art. 121-4). Certes, la solution intermédiaire ne permettrait pas de rapatrier en France les contraventions et les délits dont la tentative punissable n'est pas prévue par la loi. Cependant, quand bien même elle est à contre courant de la logique gouvernant la localisation, la question mérite d'être posée : n'est-il pas préférable de localiser moins, pour localiser mieux ?

D'aucuns ne manqueront pas de souligner que la nuance entre le mal et le mieux est subtile, voire inutile, dans la mesure où la proposition alternative censée minimiser l'artifice de localisation consiste simplement à remplacer, au prix d'un certain « *forçage* »⁴⁶² de la tentative, une infraction consommée partiellement commise sur le territoire de la République, par une infraction tentée, elle aussi, partiellement commise sur le territoire de la République. Il est vrai, de prime abord, que toutes les circonvolutions juridiques qui précèdent peuvent s'apparenter à une montagne qui accouche d'une souris. Et pourtant, l'enjeu renfermé par la qualification est considérable. Ce dernier ne transparaît pas de façon flagrante dans la solution qu'il implique, mais revêt toute son importance quant au raisonnement qu'il sous-tend. Si la jurisprudence s'attachait à demeurer au plus près de la consommation, si ce n'est dans le choix du critère ou du fondement de la localisation, au moins dans la qualification de l'infraction, certains abus pourraient être évités. Par exemple, en limitant les facultés attractives du commencement d'exécution à une infraction tentée, au lieu de les étendre à une infraction consommée, elle n'en serait certainement pas arrivée à considérer que des actes préparatoires peuvent incarner le critère de localisation d'une infraction consommée.

1995, comm. 153, Véron ; *Crim.*, 5 mai 1997, n° 96-81.462, *Bull. crim.* n° 168.

⁴⁶². L'image est empruntée au Professeur Yves MAYAUD, qui qualifie l'extension de territorialité de « *forçage de la territorialité* » : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 106, n° 97.

Section II – L'exagération des actes préparatoires

209.- Quelle que soit la forme de l'infraction qu'il ramène sur le territoire de la République, une infraction tentée ou une infraction consommée, le commencement d'exécution a ceci de particulier que, tout en se situant avant la consommation, il peut être soumis à la répression. Cependant, la localisation ne s'en tient pas là, et va jusqu'à fixer le critère de rattachement territorial dans les actes préparatoires, non seulement extérieurs de la consommation, mais de surcroît exclus de la répression. La quête permanente du moindre élément susceptible de ramener en France une infraction commise à l'étranger, explique pourquoi les actes préparatoires, initialement incapables de rapatrier une infraction sur le sol national (§ I), sont dorénavant recevables pour remplir une telle fonction (§ II).

I – L'exclusion initiale

210.- Les décisions anciennes se prononçant sur la localisation d'une infraction dont l'élément matériel est réalisé à l'étranger, et les actes préparatoires en France, montrent que dans un premier temps ces derniers ne pouvaient pas servir de lien de rattachement au territoire de la République. Ce choix dialectique (A), engendrait néanmoins un enjeu stratégique (B).

A – Un choix cohérent

211.- La position jurisprudentielle selon laquelle les actes préparatoires d'une infraction, bien qu'accomplis en France, ne permettaient pas de localiser cette dernière sur le territoire de la République, reçoit des illustrations multiples (1), mais une explication unique (2).

I – Plusieurs illustrations

212.- Lorsque que tout l'élément matériel d'une infraction était réalisé à l'étranger, et que seuls les actes préparatoires de ce dernier étaient effectués en France,

la jurisprudence refusait de réputer l'infraction commise sur le territoire de la République, ce qui revenait à écarter les actes préparatoires des critères de localisation possibles d'une infraction. Une telle exclusion ne représentait pas une hypothèse d'école, mais une position bien assise entre la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle, le rejet de la compétence des juridictions françaises, malgré la présence d'actes préparatoires sur le sol national, se retrouvant dans les espèces les plus diverses⁴⁶³. La solution, irréprochable mais inhabituelle compte tenu, déjà à cette époque, de l'opportunisme affiché par la jurisprudence en matière de localisation, trouvait sans mal sa justification.

2 – Une seule explication

213.- La raison pour laquelle les actes préparatoires n'étaient pas éligibles au rang de critère de localisation, tenait dans leur caractère non punissable. Si la répression est toujours subordonnée à la consommation de l'infraction, peut parfois être avancée dès le commencement d'exécution, en revanche cette dernière ne peut jamais remonter plus en amont sur l'*iter criminis*, et frapper les actes préparatoires. Inexistants pour la répression, les actes préparatoires étaient donc insuffisants pour la localisation. Une telle solution, évidente sur le plan du droit pénal, peut néanmoins paraître surprenante au regard du « droit pénal de la localisation », les développements qui précèdent ayant montré à maintes reprises que la jurisprudence en la matière n'hésite pas extraire des critères de localisation dans des actes non punissables, dès lors que ces derniers ont lieu en France. Ainsi, le comportement peut ramener une infraction matérielle sur le territoire de la République, alors que le comportement n'est pas punissable sans le résultat. De même, le premier acte du comportement peut rattacher une infraction composite au sol national, alors que le premier acte n'est pas punissable sans le second. En définitive, lorsqu'une composante non punissable à elle seule est accomplie en France, cette dernière peut servir de critère de localisation. Alors pourquoi n'en serait-il pas de même pour les actes préparatoires ? La réponse réside dans la précision « à elle seule ». Dans les exemples précités, le comportement ou le premier acte non punissable pouvant servir de critère de localisation, est insuffisant pour la répression, mais

⁴⁶³. Crim., 5 févr. 1857, *S.* 1857, 1, p. 220 ; Rouen, 8 févr. 1890, *JDI* 1891, p. 169 ; T. corr. Seine, 20 juin 1906, *Rev. crit. DIP* 1912, p. 572 ; Crim., 4 janv. 1907, *Rev. crit. DIP* 1907, p. 390 ; Crim., 18 déc.

néanmoins nécessaire à celle-ci, dans la mesure où l'absence de la composante concernée fait obstacle à la consommation de l'infraction. Les actes préparatoires, quant à eux, sont indifférents pour la répression. En d'autres termes, le comportement ou le premier acte n'est pas punissable à lui seul, mais devient répréhensible avec l'adjonction du résultat ou du second acte, alors que les actes préparatoires ne sont pas punissables en eux-mêmes, et conservent leur neutralité répressive quel que soit ce qui advient par la suite. C'est là toute la différence entre une composante qui se trouve à l'intérieur de l'élément matériel, constitutive en ce qu'elle contribue à la consommation de l'infraction, et une composante à l'extérieur de l'élément matériel, tels que les actes préparatoires, non constitutive puisqu'elle ne participe pas de la consommation de l'infraction. La nuance transparaissait expressément dans les décisions qui refusaient d'ancrer le rattachement territorial dans les actes préparatoires, la Cour de cassation considérant qu'« *un simple acte préparatoire n'offrant pas le caractère d'un élément constitutif de l'infraction ne [suffisait] pas pour baser la compétence des tribunaux répressifs français* »⁴⁶⁴.

B – L'enjeu subséquent

214.- Si des actes préparatoires ne peuvent pas faire office de critère de localisation, mais qu'un simple acte d'exécution ou le commencement d'exécution permettent, quant à eux, d'établir un rattachement territorial, la qualification juridique des faits réalisés sur le territoire de la République représente un enjeu central pour la localisation. Selon que les faits accomplis en France relèvent de la préparation ou de l'exécution de l'infraction, cette dernière peut ou non être considérée comme commise sur le territoire de la République. Compte tenu de l'importance de l'enjeu renfermé par la qualification, cumulé à l'opportunisme des arrêts relatifs à la localisation, il est impossible de ne pas soupçonner la jurisprudence d'être tentée d'opérer une certaine manipulation de la qualification, afin de s'aménager un critère de localisation, par exemple, en voyant un commencement d'exécution là où il n'y a que des actes préparatoires. Le passage d'une qualification à l'autre est d'autant plus facile, que la

1908, *D.* 1911, 5, p. 11, *Gaz. Pal.* 1909, 1, p. 680, *JDI* 1909, p. 1061, *S.* 1913, 1, p. 116.

⁴⁶⁴. *Crim.*, 5 févr. 1857, *S.* 1857, 1, p. 220.

différentiation entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution est difficile, voire impossible⁴⁶⁵. En effet, les actes préparatoires ne font l'objet d'aucune définition. Ces derniers sont caractérisés de façon négative, par opposition au commencement d'exécution, qui lui-même ne reçoit pas une définition uniforme. Par conséquent, il existe autant de critères de distinction entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution, qu'il existe de conceptions du commencement d'exécution⁴⁶⁶. Ainsi, la différence entre le commencement d'exécution et les actes préparatoires peut être de nature⁴⁶⁷, de sens⁴⁶⁸ ou encore de degré⁴⁶⁹. Mais finalement, parmi tous ces critères, aucun ne permet de tracer une frontière claire et fixe entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution, frontière qu'il est donc loisible de déplacer pour les besoins de la cause, surtout quand cette dernière n'est autre que l'attraction d'une infraction sur le territoire de la République. A cette difficulté théorique, vient s'ajouter une réalité pratique, qui veut que progressivement la jurisprudence n'a plus véritablement démontré, mais simplement décrété la caractérisation ou non du commencement d'exécution, ce qui rend celle-ci totalement libre d'affirmer l'existence d'un commencement d'exécution, afin d'y puiser un critère de localisation. Ces craintes, concernant le choix de la qualification entre actes préparatoires et commencement d'exécution, incitent à une lecture circonspecte des décisions dans lesquelles la localisation puise son critère dans le commencement d'exécution⁴⁷⁰, du moins du temps où les actes préparatoires étaient évincés d'une telle fonction. En effet, si de telles considérations conservent leur importance au regard du droit pénal en général, ces dernières ont néanmoins perdu de leur impact au niveau de la localisation en particulier, les actes préparatoires étant désormais intégrés dans les possibilités de rattachement territorial.

⁴⁶⁵. *A fortiori* la distinction entre un acte préparatoire et un simple acte d'exécution.

⁴⁶⁶. SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 13.

⁴⁶⁷. Schématiquement, le commencement d'exécution consiste en un acte en relation directe avec l'infraction, soit un élément constitutif, soit une circonstance aggravante, donc un acte préparatoire englobe n'importe quel acte, hormis un élément constitutif et une circonstance aggravante.

⁴⁶⁸. Encore schématiquement, si l'acte réalisé par l'agent ne s'explique que par l'intention de commettre l'infraction, il constitue un commencement d'exécution, mais si l'acte est susceptible de plusieurs interprétations, il revêt un caractère équivoque donc incarne un acte préparatoire.

⁴⁶⁹. Toujours schématiquement, le commencement d'exécution et l'acte préparatoire renvoient à n'importe quel type d'acte, et se distinguent par le degré de progression de l'agent dans leur accomplissement.

⁴⁷⁰. Notamment dans l'arrêt précité du 4 juillet 1903 relatif à la localisation d'une tentative de communication d'un secret de fabrique : Crim., 4 juill. 1903, *D.* 1903, 1, p. 425.

II – L’admission actuelle

215.- La récupération des actes préparatoires par la localisation s’est faite de manière progressive (A), et les répercussions de cette nouvelle prise en compte s’avèrent négligeables sur la consommation (B).

A – L’ajout timide par la localisation

216.- L’admission des actes préparatoires au rang de critère de localisation n’est pas forcément très visible dans les arrêts. Pourtant elle est bien réelle, et transparaît notamment dans deux décisions rendues à quelques années d’intervalle, l’une équivoque (1), l’autre univoque (2).

1 – L’arrêt équivoque de 1983

217.- Dans l’arrêt du 19 avril 1983⁴⁷¹, un antiquaire iranien est poursuivi du chef d’escroquerie, pour avoir vendu à un collectionneur américain plusieurs objets d’art africains, qui se sont révélés ne pas contenir toutes les qualités vantées par l’antiquaire dans plusieurs courriers. Le caractère international de la vente a immanquablement soulevé la question de la localisation de l’escroquerie. La cour d’appel répute l’escroquerie commise sur le territoire de la République, au motif que les courriers mensongers ont été postés depuis le sol français. Cependant, la Cour de cassation appose sa censure, considérant que *« les deux lettres [...] ne peuvent constituer que des mensonges écrits, sauf à établir que des faits extérieurs sont intervenus, de nature à leur donner créance ; que la cour d’appel ne s’explique pas sur l’existence de ces faits extérieurs seuls susceptibles de transformer de simples mensonges en manœuvres [...] ; qu’il s’ensuit que [...] la cour d’appel n’a pas mis la Cour de cassation en mesure de s’assurer que les deux lettres constituaient bien l’une des composantes des manœuvres frauduleuses, ce qui aurait justifié, aux termes de l’article 693 du Code de procédure pénale, la compétence des juridictions françaises »*. La solution revient, même si c’est de façon indirecte, à ériger les actes préparatoires de l’escroquerie en critère de

⁴⁷¹. Crim., 19 avr. 1983, n° 82-90.345, *Bull. crim.* n° 108, *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 96.

localisation de celle-ci, et ce pour deux raisons. D'une part, le mensonge peut incarner le critère de localisation de l'escroquerie. D'autre part, le mensonge ne constitue qu'un acte préparatoire de cette infraction.

Des courriers mensongers sont postés depuis la France, et pourtant la Cour de cassation refuse de considérer que l'escroquerie est commise sur le territoire de la République. Un raccourci inciterait donc à conclure que le mensonge ne peut pas servir de critère de localisation à l'escroquerie. Cependant, ce serait tronquer la motivation, et par là même fausser la solution. La haute juridiction ne déclare pas que le mensonge est impuissant à localiser l'escroquerie, mais rappelle que le mensonge est insuffisant à caractériser l'escroquerie. En effet, il est de jurisprudence constante que le mensonge, qu'il soit oral⁴⁷², gestuel⁴⁷³, comme écrit⁴⁷⁴, ne constitue pas à lui seul une manœuvre frauduleuse⁴⁷⁵. Ce dernier, pour aboutir à une tromperie, doit être accompagné d'un fait extérieur ou d'un acte matériel, destiné à lui donner force et crédit⁴⁷⁶. Or, en l'espèce, les juges du fond n'apportent pas la preuve de tels faits ou actes ayant entouré la production des lettres contenant les allégations mensongères. Par conséquent, les courriers ne sont que de simples mensonges, et non des manœuvres frauduleuses. La Cour de cassation en retire les conclusions qui s'imposent : sans manœuvres frauduleuses, il n'y a pas d'escroquerie, et sans escroquerie, il n'y a pas de localisation. En d'autres termes, l'escroquerie n'est pas cantonnée hors du territoire de la République, parce que le mensonge ne peut pas lui servir de critère de localisation, mais parce qu'il n'y a pas d'escroquerie. En revanche, lorsqu'une escroquerie est caractérisée dans tous ses éléments, le mensonge perpétré en France permet de relier l'infraction au sol

⁴⁷². Crim., 23 juin 1883, *Bull. crim.* n° 161 ; Crim., 5 déc. 1905, *Bull. crim.* n° 485 ; Crim., 27 juill. 1938, *Bull. crim.* n° 188, *Rev. sc. crim.* 1939, p. 88, Donnedieu de Vabres ; Pau, 2 déc. 1943, *JCP G* 1944, II, 2724, Seignolle ; Crim., 20 juill. 1960, *Bull. crim.* n° 382, *D.* 1961, p. 191, Chavanne, *Gaz. Pal.* 1960, 2, p. 252, *JCP G* 1961, II, 11973, Guyon, *S.* 1961, p. 175 ; Crim., 20 juill. 1965, *Bull. crim.* n° 150 ; Crim., 27 janv. 1976, *D.* 1976, p. 102 ; Crim., 28 mars 1996, n° 95-82.752, inédit, *Dr. pén.* 1996, comm. 183, Véron.

⁴⁷³. Crim., 23 févr. 2005, n° 04-80.376, inédit.

⁴⁷⁴. Crim., 22 nov. 1912, *Bull. crim.* n° 567 ; Crim., 27 mars 1957, *Bull. crim.* n° 294, *JCP G* 1957, IV, 69 ; Crim., 7 oct. 1969, n° 68-92.359, *Bull. crim.* n° 242, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 398, Bouzat ; Crim., 6 déc. 1972, n° 72-93.317, *Bull. crim.* n° 381, *JCP G* 1974, II, 17674 ; Crim., 9 mai 1979, n° 78-93.534, inédit, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 446, Bouzat ; Crim., 30 avr. 2003, n° 02-84.505, inédit ; Crim., 17 nov. 2004, n° 03-86.233, inédit.

⁴⁷⁵. La raison d'être de l'insuffisance du mensonge à caractériser une tromperie réside dans le fait qu'une personne avisée et sensée ne doit pas se laisser tromper par de simples affirmations sans vérifier leur véracité : Paris, 16 janv. 1960, *JCP G* 1960, II, 11473 ; T. corr. Metz, 27 mai 1982, *D.* 1983, p. 422, Meyer, *Gaz. Pal.* 1983, 1, p. 79, Fourgoux.

⁴⁷⁶. Crim., 8 nov. 1951, *JCP G* 1952, IV, 1 ; Crim., 16 oct. 1957, *Bull. crim.* n° 636, *JCP G* 1957, IV, 166 ; Crim., 11 févr. 1976, n° 75-91.806, *Bull. crim.* n° 54, *D.* 1976, p. 295, Dauvergne, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 733, Bouzat.

national, donc de faire office de critère de localisation. La Cour de cassation l'affirme expressément, en écrivant que dans une telle hypothèse, cela « *aurait justifié, aux termes de l'article 693 du Code de procédure pénale, la compétence des juridictions françaises* ». Les développements qui précèdent ne suffisent pas à démontrer que l'escroquerie peut être localisée par ses actes préparatoires. Maintenant qu'il est acquis que le mensonge peut incarner le critère de localisation de l'escroquerie, il reste à établir que le mensonge constitue un acte préparatoire de l'escroquerie.

Sous l'effet de la jurisprudence, le mensonge entretient une relation double avec l'escroquerie. Seul, le mensonge est insuffisant à caractériser une manœuvre frauduleuse, donc est évincé du comportement de l'escroquerie. Mais accompagné d'actes extérieurs, le mensonge devient l'une des composantes de la manœuvre frauduleuse, donc est intégré au comportement de l'escroquerie. Une telle métamorphose transparaît expressément dans la motivation de l'arrêt en cause, lorsque la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas s'expliquer « *sur l'existence de ces faits extérieurs seuls susceptibles de transformer de simples mensonges en manœuvres frauduleuses* »⁴⁷⁷. Cette dualité sème le trouble sur le statut du mensonge. Seul, le mensonge n'est pas punissable, mais la jurisprudence et la doctrine ne le rangent pas pour autant dans la catégorie des actes préparatoires, conservant le silence sur sa qualification juridique dans une telle situation. Accompagné d'actes extérieurs, le mensonge semble automatiquement exclu de la catégorie des actes préparatoires, dans la mesure où la jurisprudence le rattache à une manœuvre frauduleuse. Pourtant, dans un cas comme dans l'autre, seul ou accompagné d'actes extérieurs, le mensonge devrait être considéré comme un acte préparatoire. D'abord, le mensonge seul semble naturellement correspondre à un acte préparatoire. Le simple mensonge n'étant pas punissable, il se trouve donc exclu des phases de l'*iter criminis* soumises à la répression, que sont, non seulement la consommation, mais également l'exécution, et plus exactement le commencement d'exécution. Or, parmi les trois phases restantes, à savoir la pensée criminelle, la résolution criminelle, et les actes préparatoires, il se révèle incompatible avec les deux premières, dans la mesure où un mensonge ne relève pas d'un cheminement intellectuel, intériorisé dans l'esprit, mais renvoie à un comportement

. Toutefois : LUCAS DE LEYSSAC, « L'escroquerie par simple mensonge ? », *D.* 1981, chron. p. 17.

⁴⁷⁷. *Crim.*, 19 avr. 1983, n° 82-90.345, *Bull. crim.* n° 108, *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 96.

concret, extériorisé par un acte, qu'il soit positif ou négatif⁴⁷⁸. Par conséquent, le mensonge seul rejoint logiquement la phase des actes préparatoires. Ensuite, le mensonge, même accompagné d'actes extérieurs, peut parfaitement correspondre à un acte préparatoire. De prime abord, une telle affirmation paraît impossible, puisque dans cette hypothèse la jurisprudence érige le mensonge en composante des manœuvres frauduleuses, donc analyse ce dernier comme un acte constitutif participant à la formation du comportement de l'escroquerie, et non comme un acte préparatoire indifférent. Cependant, l'intégration du mensonge aux manœuvres frauduleuses, lorsqu'il est entouré d'un ou plusieurs actes destinés à lui donner force et crédit est regrettable. En effet, considérer qu'un mensonge seul ne caractérise pas une manœuvre frauduleuse, mais qu'un mensonge accompagné d'un acte extérieur constitue l'une des composantes d'une manœuvre frauduleuse, n'est pas sans rappeler le schéma de l'infraction complexe, dont le premier acte seul n'est pas punissable, et ne forme le comportement que par l'adjonction d'un ou plusieurs autres actes. Or, l'escroquerie n'est pas une infraction complexe⁴⁷⁹, et ne saurait le devenir, ni de façon générale, ni dans le cas particulier où la manœuvre frauduleuse consiste en un mensonge entouré d'une mise en scène. Par conséquent, lorsqu'un mensonge est accompagné d'un ou plusieurs acte extérieurs, si ces derniers devraient effectivement être considérés comme une manœuvre frauduleuse, en revanche le mensonge qui les précède ne devrait pas être intégré à la manœuvre frauduleuse, et demeurer un acte antérieur non punissable, c'est-à-dire un acte préparatoire. Enfin, la cohérence impose qu'un mensonge, qu'il soit seul ou accompagné d'acte extérieurs, conserve la même nature d'acte non punissable. Lorsqu'un acte préparatoire, quel qu'il soit, est suivi d'actes constitutifs d'une infraction, la répression intervient à compter des actes constitutifs, mais ne remonte pas jusqu'à l'acte préparatoire. En d'autres termes, un acte n'est pas préparatoire ou constitutif selon qu'il est ou non suivi d'autres actes pouvant aboutir à la caractérisation d'une infraction. Si un acte appartient à la catégorie des actes préparatoires, il conserve cette qualification indépendamment de ses suites.

Si le mensonge revêt et conserve la qualification d'acte préparatoire, qu'il soit seul ou accompagné d'actes extérieurs, l'arrêt du 19 avril 1983, dont il ressort que le mensonge entouré d'une mise en scène permet de rattacher l'escroquerie au territoire de

⁴⁷⁸. Le mensonge peut consister, soit à alléguer quelque chose, auquel cas c'est une action, soit à conserver le silence, auquel cas c'est une omission.

⁴⁷⁹. *Supra*, n° 28 ; 175.

la République, revient à admettre qu'un acte préparatoire peut servir de critère de localisation à l'escroquerie. Pour les circonspects, qui refuseraient d'analyser le mensonge accompagné d'actes extérieurs comme un acte préparatoire, une décision vient confirmer qu'un acte préparatoire peut néanmoins tenir de critère de localisation à l'escroquerie.

2 – L'arrêt univoque de 1988

218.- Dans l'arrêt du 11 avril 1988⁴⁸⁰, un ressortissant anglais est poursuivi du chef de tentative d'escroquerie, pour avoir sollicité auprès d'un organisme étatique une garantie de paiement, qui consistait à se prémunir contre l'insolvabilité d'un débiteur étranger. Afin de faire jouer la garantie, dans l'hypothèse où cette dernière lui serait accordée, le ressortissant anglais avait souscrit au préalable un contrat de vente avec une société française censée se faire passer pour un acquéreur insolvable, l'escroc et son complice devant ensuite se partager les sommes⁴⁸¹. L'organisme étatique n'ayant pas accordé la garantie demandée, ce dernier n'a procédé à aucune remise de fonds, ce qui explique la qualification de tentative d'escroquerie. La Cour de cassation répute la tentative d'escroquerie commise sur le territoire de la République, au motif que la rédaction du contrat de vente en France constitue l'acte caractérisant un élément constitutif requis à l'époque par l'article 693 du Code de procédure pénale, devenu le fait constitutif aujourd'hui prévu par l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. La prise en compte du contrat de vente revient, sans hésitation ni contestation possible, à rattacher la tentative d'escroquerie au sol national à partir de l'un de ses actes préparatoires. La motivation de la décision fait clairement ressortir la séparation entre, d'une part, le commencement d'exécution, caractérisé par les démarches effectuées par le ressortissant

⁴⁸⁰. Crim., 11 avr. 1988, n° 87.83-873, *Bull. crim.* n° 144, *RTD com.* 1989, p. 356, Bouzat.

⁴⁸¹. Il peut sembler surprenant que le mensonge consistant à se prévaloir d'un droit indu, soit considéré comme une manœuvre frauduleuse constitutive d'un commencement d'exécution. D'une part, le principe exclut le simple mensonge, même par écrit. D'autre part, l'exception admet le mensonge lorsque ce dernier consiste à alléguer une fausse qualité, mais l'affirmation mensongère d'un droit n'est pas considérée comme la prise d'une fausse qualité. Cependant, l'exception à l'exception assimile l'affirmation mensongère d'un droit à la prise d'une fausse qualité. Ainsi, la jurisprudence sanctionne, au titre de la fausse qualité, toute personne qui cherche à se faire passer pour créancier de l'Etat ou d'organismes paraétatiques afin d'obtenir des paiements auxquels elle n'a pas droit. En d'autres termes, se faire passer pour le créancier d'une personne privée constitue un simple mensonge non punissable, mais se faire passer pour le créancier d'un organisme public caractérise une fausse qualité punissable. Sur ce point : MASCALA, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Escroquerie, n° 46 et 60 ; RASSAT, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Escroquerie, n° 43.

anglais en vue d'obtenir la garantie de paiement auprès de l'organisme étatique, réalisé à l'étranger⁴⁸², et d'autre part, le contrat de vente préalablement rédigé en France. Et si le contrat de vente n'appartient pas au commencement d'exécution, pour se situer avant ce dernier, que peut-il incarner d'autre qu'un acte préparatoire ? C'est du moins ainsi que l'arrêt est répertorié, comme portant sur la localisation d'une tentative d'infraction dont le commencement d'exécution est réalisé à l'étranger, et les actes préparatoires en France⁴⁸³.

219.- Les deux décisions, rendues à quelques années d'intervalle, montrent que l'escroquerie, qu'elle soit tentée ou consommée, peut être localisée à partir de l'un de ses actes préparatoires. Et ce qui vaut pour une infraction, peut se vérifier pour toute infraction. Que les arrêts de 1983 et 1988 soient ou non les premiers, voire les seuls, à retenir une telle solution importe peu. La brèche est ouverte. Dès lors, les actes préparatoires viennent allonger la liste, déjà longue, des critères de localisation d'une infraction. Cependant, une fois n'est pas coutume, la localisation à partir des actes préparatoires n'engendre aucun effet pervers sur la consommation.

B – L'impacte minime sur la consommation

220.- Les critères de localisation varient, mais les avantages pour la localisation ne changent pas. L'admission des actes préparatoires au titre des critères de localisation d'une infraction, permet d'accroître, un peu plus encore, les opportunités de rattachement territorial. Ces derniers offrent à la localisation, non seulement une base supplémentaire, mais de surcroît une source intarissable, dans la mesure où une infraction est toujours ou presque⁴⁸⁴ l'aboutissement d'un projet criminel nécessitant une certaine préparation en amont. Si la prise en compte des actes préparatoires au titre des critères de localisation est très rentable en termes d'attractivité, en revanche cette dernière est déplorable au regard de la légitimité. Lorsque la jurisprudence puise le critère de localisation dans les actes préparatoires, c'est que seuls ces derniers sont

⁴⁸². « Attendu qu'en l'état de ces constatations et énonciations dont il résulte que, [...] les démarches effectuées à l'étranger en vue d'obtenir la garantie de paiement ont seules caractérisé le commencement d'exécution de la tentative d'escroquerie ».

⁴⁸³. www.legifrance.fr. A ce titre, l'arrêt du 19 avril 1983 est présenté comme le précédant jurisprudentiel de l'arrêt du 11 avril 1988.

réalisés en France et que toutes les composantes de l'infraction sont effectuées à l'étranger. Or, les actes préparatoires sont par définition non punissables. Par conséquent, lorsque le critère de localisation réside dans les actes préparatoires, la compétence des juridictions françaises et l'application de la loi nationale qui en résultent, justifiées par une atteinte au territoire de la République, reposent sur un fait qui en réalité ne représente aucune atteinte. La répression exclusive autorisée par le principe de territorialité, et plus exactement son extension dans le cas considéré, découle d'un acte non répréhensible. En quelques sortes, plus le critère de localisation s'éloigne du moment de la consommation, plus les possibilités statistiques de localisation se multiplient, mais plus la crédibilité politique de la localisation s'amointrit.

221.- Les développements qui précèdent ont montré que le choix contestable du critère de localisation s'accompagne d'un impact regrettable sur la consommation, qui en ressort ignorée, voire modifiée. Il serait logique de s'attendre à ce que, plus la localisation est détachée de la consommation, plus la consommation est entachée par la localisation. Pourtant, lorsque les actes préparatoires incarnent le rattachement territorial d'une infraction, la matérialité de cette dernière demeure inchangée. Certes, prendre en compte les actes préparatoires dans le cadre de la localisation revient à conférer des conséquences répressives à des actes non punissables, mais pas au point de les incorporer à la matérialité de l'infraction, en considérant qu'ils constituent un acte supplémentaire du comportement. Si une telle déformation de la consommation sous l'effet de la localisation est plausible lorsque le critère de localisation est puisé dans un acte d'exécution⁴⁸⁴, en revanche la transformation à partir d'un acte préparatoire est impossible. D'une part, la différence entre les phases de préparation et de consommation est plus marquée que celle entre les phases d'exécution et de consommation. D'autre part, la jurisprudence ne justifie pas la prise en compte des actes préparatoires comme critère de localisation, par la nature complexe de l'infraction objet de la localisation. Par conséquent, l'admission des actes préparatoires au titre des critères de localisation n'a pas de répercussion sur les frontières de la consommation. Le constat est suffisamment rare pour être souligné et apprécié, car c'est peut-être la seule hypothèse dans laquelle la

⁴⁸⁴. Exception faite des infractions involontaires, et des infractions volontaires qui sont le fruit d'une pulsion.

⁴⁸⁵. *Supra*, n° 177.

localisation puise son critère hors de la consommation, sans que cela se traduise par une modification des contours de la matérialité de l'infraction.

Conclusion

222.- Tant qu'elles offrent une matérialité dans laquelle puiser un critère de localisation, que ce soit un acte d'exécution ou un acte ou préparatoire, les phases antérieures à la consommation sont exploitées à des fins de rattachement territorial. La localisation ancrée dans une composante n'appartenant pas à l'infraction ne saurait être approuvée, toutefois les répercussions négatives sur la consommation de celle-ci demeurent limitées, dans la mesure où matérialité est, certes, ignorée, mais pas déformée. Le critère de localisation fixé dans un acte préparatoire est indolore, le critère de localisation tiré du commencement d'exécution peut même être bénéfique, sous réserve de la qualification retenue, le débordement de la matérialité pourrait presque sembler moins nocif que le démembrement. Mais c'est sans compter une autre hypothèse de débordement par anticipation, qui consiste à puiser le critère de localisation dans la condition préalable de l'infraction.

Chapitre II – La condition préalable

223.- La caractérisation d'une infraction ne se résume pas à la consommation de cette dernière. Certes, une infraction existe parce que tous les éléments nécessaires à sa consommation sont réunis. Cependant, si l'infraction existe, c'est qu'elle a pu émerger. En d'autres termes, les cinq étapes de l'*iter criminis* ne peuvent être franchies que dans un contexte donné. Le chemin du crime ne peut se tracer que dans un certain paysage, la condition préalable.

C'est sans surprise que la jurisprudence retient la condition préalable pour faire office de critère de localisation lorsque cette dernière se produit en France. Une telle prise en compte peut faire l'objet de deux lectures. L'une, en surface, qui se contente de constater un artifice de localisation, consistant à puiser le rattachement territorial d'une infraction hors de son élément matériel. L'autre, plus en profondeur, qui tente d'en retirer un apport sur la notion de condition préalable. En effet, paradoxalement, les solutions relatives à la localisation, en même temps qu'elles exploitent la condition préalable comme un critère, renseignent sur ce concept controversé. En rejetant par le passé la condition préalable des critères de localisation, la jurisprudence a véritablement consacré le concept (Section I), et en érigeant de nos jours la condition préalable en critère de localisation, la jurisprudence n'a pas pour autant renoncé au concept (Section II).

Section I – La vraie naissance par l'exclusion

224.- Le concept de condition préalable ne suscite pas l'unanimité chez les auteurs. Comme en présence d'un débat théorique, la pratique détient le dernier mot, l'opposition doctrinale (§ I) peut trouver un dénouement dans la position jurisprudentielle (§ II).

I – L’opposition doctrinale

225.- La condition préalable a été dégagée par un auteur, approuvée par certains, et rejetée par d’autres. A la découverte (A), a donc succédé la controverse (B).

A – La découverte

226.- La condition préalable est un concept extrêmement récent à l’échelle du droit, dans la mesure où ce dernier a fait son entrée dans le monde juridique au milieu du XX^e siècle, sous l’impulsion du Professeur Robert VOUIN, précurseur (1) qui connaît de nombreux successeurs (2).

1 – Le précurseur

227.- Pendant longtemps, l’infraction a été appréhendée comme une entité formée par la réunion de plusieurs composantes énumérées par un texte d’incrimination, un ensemble d’éléments constitutifs. C’est le Professeur Robert VOUIN le premier qui, dans son manuel de droit pénal spécial, souligne que dans certaines hypothèses, la différence entre les éléments constitutifs est telle, qu’il est impropre de tous les envisager sous le même vocable d’élément constitutif⁴⁸⁶. Le constat porte précisément sur l’infraction d’abus de confiance, définie à l’article 314-1 du Code pénal comme « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d’autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu’elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d’en faire un usage déterminé* ». Selon l’auteur, « *si l’on retient le seul terme d’élément constitutif, on doit compter six éléments constitutifs*⁴⁸⁷. Pourtant, ces éléments ne partagent ni la même nature, ni le même rôle dans la réalisation de l’infraction. Il est donc possible et paraît même souhaitable d’opérer une distinction entre eux. Ainsi, du contrat en vertu duquel la chose est remise à l’agent, et du

⁴⁸⁶. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1953, n° 56.

⁴⁸⁷. A l’époque, l’abus de confiance est contenu dans l’ancien article 408 du Code pénal, qui incrimine « *quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu’à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d’en faire un usage ou un emploi déterminé* ».

détournement opéré par ce dernier »⁴⁸⁸. Pour rendre compte de cette différence, le détournement est identifié comme un élément constitutif, et le contrat est qualifié de condition préalable. A travers cette expression pléonastique⁴⁸⁹, le Professeur Robert VOUIN souhaite désigner « *le domaine dans lequel l'infraction peut se commettre* »⁴⁹⁰, et le distinguer des actions par lesquelles l'infraction est commise. Cette « *admirable invention* »⁴⁹¹ consistant à séparer le contenu de l'infraction et le contexte de cette dernière, s'est vue relayée et complétée par de nombreux auteurs.

2 – Les successeurs

228.- La trouvaille du Professeur Robert VOUIN reçoit une résonance chez les Professeurs Georges LEVASSEUR⁴⁹² et Jean-Paul DOUCET⁴⁹³, qui reconnaissent reconduisent cette dichotomie entre la condition préalable et les éléments constitutifs. Le premier, dans son cours de droit pénal spécial, réserve une place particulière à cet élément « *pseudo constitutif* », qu'il désigne comme « *les circonstances précédant l'activité délictueuse et qui la rendent telle* »⁴⁹⁴. Le second, dans un article de doctrine, consacre une étude à part entière à cette notion, qu'il conçoit comme « *une situation particulière, à partir de laquelle certaines infractions peuvent se développer* »⁴⁹⁵. Ces deux définitions, malgré certaines divergences⁴⁹⁶, rejoignent la conception étroite du Professeur Robert VOUIN, qui n'applique pas la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs à toutes les infractions, mais cantonne cette dernière à quelques unes, donc circonscrit le concept de condition préalable au droit pénal spécial.

⁴⁸⁸. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1953, n° 56.

⁴⁸⁹. L'expression condition préalable sous-tend l'idée de dépendance et d'antériorité. Cependant, le substantif « condition » contient déjà en lui-même la notion d'antériorité exprimée par l'adjectif « préalable », qui apparaît ainsi redondant. D'ailleurs, l'association des deux termes est inconnue du langage courant, pour être spécifique au vocabulaire juridique.

⁴⁹⁰. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1953, n° 56.

⁴⁹¹. PUECH, *Droit Pénal Général*, Litec, 1988, n° 476.

⁴⁹². LEVASSEUR, *Cours de droit pénal spécial*, Paris, 1967-1968, p. 9.

⁴⁹³. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 726.

⁴⁹⁴. LEVASSEUR, *Cours de droit pénal spécial*, Paris, 1963-1964, p. 25.

⁴⁹⁵. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 727.

⁴⁹⁶. Ces dernières portent essentiellement sur la dualité plus ou moins marquée que doit présenter l'infraction pour être soumise à la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs. Pour l'un, la dualité doit être évidente, pour l'autre, la dualité peut être plus subtile (par exemple, lorsque la condition préalable réside dans la qualité de l'auteur ou de la victime). Sur ce point : FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006 ; THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon, 2006.

La reconduction de la notion s'accompagne d'une évolution, sous l'impulsion du Professeur André DECOCQ. Celui-ci définit la condition préalable comme « *la situation, de droit ou de fait, protégée par la qualification* »⁴⁹⁷, ou encore comme « *la situation juridique que l'impératif de la règle pénale interdit de troubler* »⁴⁹⁸. L'auteur conserve l'opposition traditionnelle entre la condition préalable et les éléments constitutifs, mais opère une généralisation de la distinction, dans la mesure où cette dernière n'est pas réservée à quelques infractions, mais peut se retrouver dans toute infraction. La situation juridique prise en considération par la loi pénale, qu'il qualifie de condition préalable, peut être dégagée de tout texte d'incrimination. En d'autres termes, « *la définition livre, à défaut d'une liste exhaustive des conditions préalables, un mode de recherche à suivre pour dégager la condition préalable de tout texte d'incrimination* »⁴⁹⁹. Dès lors que la condition préalable concerne l'ensemble des infractions, la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs ne se confine plus au droit pénal spécial, mais se hisse au rang du droit pénal général⁵⁰⁰.

229.- L'existence comme l'extension de la condition préalable est incontestablement reconnue par la doctrine contemporaine. Certes, les études d'ensemble consacrées à la notion sont encore trop rares⁵⁰¹, mais cette dernière fait progressivement son apparition, non seulement dans les ouvrages de droit pénal spécial⁵⁰², qui séparent la ou les conditions préalables de l'infraction en cause, et les éléments constitutifs de celle-ci⁵⁰³, mais également dans les manuels de droit pénal

⁴⁹⁷. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 88.

⁴⁹⁸. DECOCQ, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 742 ; *ibid.* 1968, p. 477.

⁴⁹⁹. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006, p. 19.

⁵⁰⁰. Le passage de la condition préalable, du droit pénal spécial au droit pénal général, permet de sortir de la casuistique inhérente à la spécificité des conditions préalables propres à chaque infraction, et de faire ressortir les caractéristiques communes de la condition préalable applicable à toutes les infractions.

⁵⁰¹. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006 ; THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon, 2006. *Adde* : DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 726 ; LUCAS DE LEYSSAC, *Décisions de justice civile et répression pénale*, Thèse Paris, 1975.

⁵⁰². LARGUIER et CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^e éd., 2004, p. 169, n° 185 ; LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2013, p. 64, n° 204 ; JEANDIDIER, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Abus de confiance, n° 18 ; PRADEL et DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^e éd., 2010, p. 635, n° 897 ; ROBERT et MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, p. 88, n° 33 ; VERON, *Droit pénal spécial*, Armand Colin, 11^e éd., 2006, p. 291, n° 439.

⁵⁰³. Le fait que la condition préalable soit envisagée infraction par infraction, et non dans sa globalité, ne signifie pas que les auteurs des ouvrages concernés limitent le concept au droit pénal spécial, et refusent de l'étendre au droit pénal général. Simplement, la portée générale de la condition préalable ne lui retire pas ses applications

général⁵⁰⁴, qui distinguent la condition préalable de l'élément matériel de l'infraction. Les formulations varient d'un auteur à l'autre, de sorte qu'il est difficile de dégager une définition unique de la condition préalable, mais ces dernières ont toutes pour point commun d'opposer la condition préalable aux éléments constitutifs⁵⁰⁵, donc de dissocier le contexte de réalisation de l'infraction d'une part, et la réalisation de l'infraction proprement dite d'autre part. En quelque sorte, la condition préalable ne peut pas être un élément constitutif, puisqu'elle est la situation juridique permettant aux éléments constitutifs de se développer. Si la reconnaissance du concept de condition préalable est incontestable, elle n'est pas unanime pour autant.

B – La controverse

230.- La condition préalable n'est pas reconnue par l'ensemble de la doctrine. La dénégation du concept (1), renferme des implications concrètes (2).

1 – La dénégation

231.- L'ensemble de la doctrine n'adhère pas au concept de la condition préalable. Evidemment, avant la découverte du Professeur Robert VOUIN, les auteurs n'opéraient pas de distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs, et plus exactement ne se posaient même pas la question. Mais même depuis l'introduction de la condition préalable en droit pénal, des auteurs contestent la notion et ignorent la distinction qui en découle. Ces derniers ne sont pas toujours aisés à identifier, car peu nombreux sont ceux à manifester expressément leur opposition⁵⁰⁶. Néanmoins, certains

particulières, qu'il est seul possible d'appréhender sous le prisme du droit pénal spécial, et des développements généraux sur la notion de condition préalable n'ont pas leur place dans un ouvrage de droit pénal spécial.

⁵⁰⁴. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 226, note 134 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 396, n° 433 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 230, n° 212 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 402, note 14 ; PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 169, n° 476 ; RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 239, n° 203.

⁵⁰⁵. C'est sur cette opposition de repose la définition adoptée dans les lexiques de termes juridiques : « la condition préalable peut se définir, en droit, comme la circonstance indispensable à la commission d'une infraction, mais sans pour autant caractériser un élément constitutif au sens précis et étroit du terme » : CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014.

⁵⁰⁶. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, Cujas, 1981, n° 15.

se révèlent au détour d'un ouvrage de droit pénal spécial, lorsque l'étude détaillée de chaque infraction se limite à une succession d'éléments constitutifs⁵⁰⁷. Tous ces auteurs, qu'elle que soit l'époque, ne parlent qu'en termes d'éléments constitutifs. En quelque sorte, tout ce qui est énuméré par le texte d'incrimination en vertu du principe de légalité, est placé sur un pied d'égalité. Tout au plus, quelques uns ont pu faire une distinction entre les éléments constitutifs proprement dits, et les autres éléments constitutifs⁵⁰⁸, mais sans jamais quitter le terrain des éléments constitutifs.

2 – Les implications

232.- La question de savoir s'il convient ou pas d'opérer une distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs peut sembler superfétatoire. Que les composantes nécessaires à l'existence d'une infraction soient désignées comme une condition préalable ou un élément constitutif, le constat est le même au regard de la caractérisation de l'infraction. La présence de toutes est obligatoire pour aboutir à l'infraction, et l'absence d'une seule fait obstacle à l'infraction. Certes, lorsque la condition préalable n'est pas remplie, l'examen des éléments constitutifs s'avère inutile, dans la mesure où sans contexte de réalisation il ne saurait y avoir réalisation tout court. Cependant, lorsqu'un élément constitutif fait défaut, l'étude des autres éléments constitutifs est tout autant délaissée. Le caractère préalable de la condition instaure une certaine chronologie par rapport aux éléments constitutifs, mais la chronologie intervient également entre les éléments constitutifs eux-mêmes. En effet, dans une infraction matérielle, le résultat incarnant la conséquence du comportement, le comportement doit toujours se réaliser en premier, et le résultat en second. Finalement, chaque composante, qu'il s'agisse d'une condition préalable ou d'un élément constitutif, incarne une condition au sens courant du terme, à savoir « *[un] état, [une] situation, [un] fait dont*

⁵⁰⁷. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 4^e éd., 2013, p. 317, n° 545 ; GOYET, *Précis de droit pénal spécial*, Sirey, 1972, p. 682, n° 961 ; DUCOULOUX-FAVARD, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Abus de confiance, n° 404.

⁵⁰⁸. Les éléments proprement constitutifs désignaient les composantes qui consomment l'infraction, et les autres éléments constitutifs englobaient les composantes qui, si elles participent de la réalisation de l'infraction, n'y ont pas un rôle déterminant. Ainsi du lien de filiation dans l'ancien crime de parricide, qui n'était pas mis sur le même plan que l'acte homicide. A l'époque, le lien de filiation correspondait exactement à la définition de la condition préalable. Mais aujourd'hui que l'infraction n'est plus incriminée spécifiquement, le lien de filiation ne peut pas être analysé comme une condition préalable du meurtre, mais comme une circonstance aggravante (*C. pén.*, art. 221-4, 2°).

l'existence est indispensable pour qu'un autre état, un autre fait existe »⁵⁰⁹. A compter de là, déterminer si une condition doit être qualifiée, de condition préalable, ou d'élément constitutif semble uniquement relever de considérations terminologiques, et totalement dénué de répercussions juridiques.

Toutefois, la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs ne se résume pas à une simple querelle théorique, mais renferme un véritable enjeu pratique. Un élément constitutif participe de la consommation de l'infraction. Cette notion clé du droit pénal ne se définit pas autrement que par sa fonction : un élément constitutif est un élément qui consomme l'infraction. Dès lors, opposer la condition préalable à un élément constitutif revient à faire sortir cette dernière de la consommation. C'est considérer que la condition préalable contribue à la naissance de l'infraction, pour fournir à cette dernière un environnement favorable à sa réalisation, mais que la condition préalable est exclue de la consistance de l'infraction. La différence est importante, car hors de la consommation, la condition préalable est neutre en termes de répression. En aucun cas la condition préalable ne peut servir de référence dans la mise en œuvre des principes gouvernant celle-ci, et notamment en matière d'application de la loi pénale dans l'espace. Par conséquent, la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs présente un intérêt des plus concrets, et s'est vue consacrer par la jurisprudence.

II – La position jurisprudentielle

233.- La reconnaissance de la condition préalable par la jurisprudence ressort des décisions rendues en matière de localisation (A), qui refusent d'ériger cette dernière en critère de localisation (B).

A – L'enjeu en matière de localisation

234.- Un concept doctrinal sans relais jurisprudentiel n'est rien. Les auteurs peuvent échafauder toutes sortes de théories, avancer les meilleurs arguments, s'ils ne reçoivent aucune application par le juge, ces derniers demeurent lettre morte, tout au

⁵⁰⁹. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Condition.

plus, fournissent un instrument de réflexion. La vie juridique d'une construction doctrinale est donc subordonnée au bon vouloir de la jurisprudence. La doctrine propose, la jurisprudence dispose, car seule la loi s'impose au juge, pas l'auteur. Le sort de la condition préalable est donc entre les mains de la Cour de cassation. Et à ce titre, les décisions rendues par la Haute juridiction en matière de localisation sont révélatrices.

L'attention portée à la localisation plutôt qu'à un autre domaine de la répression n'est pas uniquement dictée par l'objet de la présente étude. Plus que tous les autres, les arrêts relatifs à la mise en œuvre du principe de territorialité, ou de son extension, sont riches d'enseignement quant à l'existence ou non du concept de condition préalable, en raison du texte qui « encadre » le juge dans le choix du critère de localisation. L'ancien article 693 du Code de procédure pénale, et l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal disposent respectivement qu'une infraction est réputée commise sur le territoire de la République, lorsqu'un « *acte caractérisant un de ses éléments constitutifs* » ou qu'un de ses « *faits constitutifs* » a lieu en France. La doctrine voit dans ces deux rédactions successives, si ce n'est une consécration, du moins une manifestation légale de la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs⁵¹⁰. En différenciant les composantes de l'infraction pouvant servir de critère de localisation des autres, le législateur sous-entendrait que toutes les composantes contribuant à l'existence d'une infraction ne jouent pas le même rôle, donc ne se situent pas sur le même plan. En d'autres termes, à travers les « autres composantes », ce serait la condition préalable qui est visée⁵¹¹.

A la lumière de ces considérations, face à une composante réalisée sur le territoire de la République, l'alternative est la suivante. Soit elle est érigée en critère de localisation, et il s'agit d'un élément constitutif. Soit elle est évincée d'une telle fonction, et il s'agit d'une condition préalable, auquel cas le concept est consacré.

⁵¹⁰. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 402, note 14.

⁵¹¹. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006, p. 2, n° 1.

B – Le rejet des critères de localisation

235.- La consécration de la condition préalable, à travers son exclusion des critères de localisation d'une infraction, émane distinctement des arrêts relatifs à la localisation internationale de l'abus de confiance, dont le nombre important permet d'opérer certains recoupements, et donc de tirer de véritables enseignements. L'abus de confiance requiert plusieurs composantes, énumérées à l'article 314-1 du Code pénal, parmi lesquelles une remise, qui peut être effectuée en vertu d'un contrat, et un détournement. Très rapidement, les solutions révèlent que la jurisprudence ne réserve pas le même sort à l'ensemble de ces composantes concernant le choix du critère de localisation, faisant uniquement référence au détournement (1), ou marquant clairement son indifférence pour le contrat et la remise (2).

1 – La référence exclusive au détournement

236.- L'un des indices permettant de supposer que la jurisprudence exclut la condition préalable au titre des critères de localisation, et par la même opère une distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs, réside dans le fait qu'en présence d'un détournement et d'un contrat réalisés en France, elle considère que l'abus de confiance est commis ou réputé commis sur le territoire de la République, en se fondant uniquement sur le détournement, sans mentionner le contrat⁵¹². La solution transparaît notamment dans deux arrêts, rendus le 22 avril 1966⁵¹³ et le 30 mai 1972⁵¹⁴. Dans la première espèce, un contrat de mandat est conclu en France, en vertu duquel le mandataire se voit remettre des fonds et des documents afin d'en faire un certain usage en France et au Gabon. La Cour de cassation localise l'infraction sur le territoire de la République, au motif que le contrat étant mal exécuté pour partie en France, le

⁵¹². Dans l'hypothèse où le détournement est effectué en France, mais que le contrat est signé à l'étranger, l'abus de confiance est aussi rattaché au territoire de la République : Grenoble, 1^{er} juill. 1858, *S.* 1880, 1, p. 389. Cependant, un tel cas de figure ne permet pas de conclure que le critère de localisation réside exclusivement dans le détournement, et ainsi de déduire que le détournement et le contrat incarnent respectivement un élément constitutif et la condition préalable de l'abus de confiance. En effet, l'exclusion du contrat peut s'expliquer de deux façons. Soit c'est une condition préalable qui ne peut jamais servir de critère de localisation. Soit c'est un élément constitutif qui ne peut pas servir de critère de localisation, pour la simple et bonne raison que le rattachement territorial ne peut pas résider dans une circonstance réalisée à l'étranger.

⁵¹³. *Crim.*, 22 avr. 1966, n° 65-91.497, *Bull. crim.* n° 121, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 171, *Légal.*

⁵¹⁴. *Crim.*, 30 mai 1972, n° 71-92.003, *Bull. crim.* n° 180.

détournement a lieu sur le sol national, ce qui permet de réputer l'abus de confiance commis sur le territoire de la République. Dans la seconde espèce, un contrat de mandat est conclu en France, en vertu duquel le mandataire reçoit des fonds afin d'accomplir une certaine mission en Allemagne. Ici encore, la Cour de cassation localise l'infraction sur le territoire de la République, et toujours à partir du seul détournement. Certes, le contrat est mal exécuté en Allemagne, mais la restitution des sommes étant demandée en France, l'intention de s'approprier l'argent, donc le détournement, a lieu sur le sol national, ce qui permet, cette fois aussi, de réputer l'abus de confiance commis sur le territoire de la République. Dans les deux décisions, la motivation montre que la jurisprudence axe le critère de localisation uniquement sur le détournement effectué en France⁵¹⁵, alors même que le contrat est signé en France. La référence exclusive au détournement ne fait aucun doute, et ce pour deux raisons. Non seulement, dans les deux arrêts, le pourvoi reproche aux juges du fond de se baser sur la conclusion du contrat en France, donc la question de la prise en compte de ce dernier au titre des critères de localisation est expressément posée à la Cour de cassation. De surcroît, dans le second arrêt, alors que le détournement semble totalement réalisé à l'étranger, la Cour de cassation s'efforce, par le truchement moral, de ramener le détournement en France, plutôt que d'exploiter le contrat conclu sur le sol national.

Les deux décisions citées, qui ne sont certainement pas isolées, montrent, non seulement que le contrat est exclu des critères de localisation de l'abus de confiance, et de surcroît que le contrat constitue la condition préalable de cette infraction. D'une part, le contrat est exclu des critères de localisation dans l'abus de confiance, dans la mesure où la jurisprudence, alors même qu'il est conclu en France, n'en fait absolument pas mention dans la localisation de l'abus de confiance, ne serait-ce que pour appuyer le rattachement territorial de l'infraction, en soulignant que plusieurs composantes de cette dernière sont réalisées sur le sol national. Un tel silence vaut donc éviction des critères de localisation. D'autre part, le contrat constitue la condition préalable de l'abus de confiance. Alors que le détournement et le contrat sont placés dans une situation factuelle identique, les deux étant réalisés en France, la jurisprudence fait produire à

⁵¹⁵. La solution retenue dans le cadre de la localisation internationale se retrouve en matière de compétence interne. Par hypothèse, toutes les composantes de l'abus de confiance sont réalisées sur le territoire de la République, mais la juridiction compétente est désignée uniquement en fonction du lieu du détournement : Crim., 3 janv. 1862, *Bull. crim.* n° 4 ; Crim., 5 déc. 1862, *Bull. crim.* n° 267, *D.* 1867, 5, p. 94 ; Crim., 13 août 1868, *D.* 1869, 1, p. 486 ; Crim., 28 août 1879, *Bull. crim.* n° 173, *S.* 1880, 1, p.

chacun une conséquence juridique différente, le premier pouvant servir de critère de localisation, et le second pas. C'est donc bien que les deux composantes ne sont pas appréhendées sur un pied d'égalité. Le détournement incarne incontestablement un élément constitutif de l'abus de confiance, non seulement parce qu'il peut faire office de critère de localisation, mais surtout parce qu'il consomme l'infraction⁵¹⁶. Si le détournement est l'élément constitutif, c'est donc que le contrat est la condition préalable. Ce double constat, opéré lorsque le contrat et le détournement ont lieu sur le territoire de la République, se répète lorsque le contrat est conclu en France et que le détournement est effectué à l'étranger.

2 – L'indifférence explicite à tout autre élément

237.- L'autre indice permettant d'affirmer que la jurisprudence exclut la condition préalable au titre des critères de localisation, et par la même opère une distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs, réside dans le fait qu'en présence d'un contrat et d'une remise réalisés en France, et d'un détournement effectuée à l'étranger, elle refuse de considérer que l'abus de confiance est commis ou réputé commis sur le territoire de la République, faute de rattachement possible au sol national.

389 ; Crim., 27 juill. 1933, *D.* 1933, 1, p. 159, *S.* 1935, 1, p. 38 ; Crim., 31 mai 1951, *Bull. crim.* n° 154, *JCP G* 1951, II, 6417, Colombini.

⁵¹⁶. Crim., 13 sept. 1845, *S.* 1846, 1, p. 158 ; Crim., 12 nov. 1858, *Bull. crim.* n° 267 ; Crim., 31 mai 1951, *Bull. crim.* n° 154, *JCP G* 1951, II, 6417, Colombini ; Crim., 8 avr. 1967, *D.* 1967, p. 432, *JCP G* 1967, II, 15248, Gavalda ; Crim., 19 avr. 1967, n° 66-91.284, *Bull. crim.* n° 125 ; Crim., 10 mars 1970, n° 68-92.321, *Bull. crim.* n° 96 ; Crim., 18 janv. 1972, n° 70-91.734, *Bull. crim.* n° 26 ; Crim., 21 janv. 1976, *Bull. crim.* n° 35. Le détournement consomme l'abus de confiance, quand bien même il n'incarne pas toujours le point de départ de la prescription de l'action publique. En effet, l'abus de confiance fait partie des infractions clandestines, dont le point de départ de la prescription de l'action publique peut être repoussé après la consommation : Crim., 14 nov. 1869, *S.* 1871, 1, p. 175 ; Crim., 4 janv. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 353 ; Crim., 5 juill. 1945, *Bull. crim.* n° 76 ; Crim., 16 mars 1970, n° 68-91.369, *Bull. crim.* n° 104, *D.* 1970, p. 497 ; Crim., 26 janv. 1977, n° 76-90.485, *Bull. crim.* n° 35 ; Crim., 29 oct. 1984, n° 83-92.268, *Bull. crim.* n° 323 ; Crim., 3 janv. 1985, n° 83-94.530, *Bull. crim.* n° 5 ; Crim., 26 févr. 1990, n° 87-84.091, inédit, *Dr. pén.* 1990, comm. 191, Robert ; Crim., 13 mai 1991, n° 90-85.539, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 258, Véron ; Crim., 14 avr. 1993, n° 92-84.575, inédit, *D.* 1993, p. 616, Fenaux ; Crim., 30 nov. 1993, n° 92-85.671, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 110, Véron, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 764, Ottenhof ; Crim., 4 sept. 1995, n° 94-84.971, inédit, *Dr. pén.* 1996, comm. 6, Robert, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 378, Ottenhof ; Crim., 7 mai 2002, n° 02-80.638, *Bull. crim.* n° 107 ; Crim., 23 mai 2002, n° 01-83.983, inédit, *Dr. pén.* 2002, comm. 104, Véron ; Crim., 19 nov. 2003, n° 02-87.211 et n° 03-80.591, inédits, *Dr. pén.* 2004, comm. 31 et 36, Véron ; Crim., 20 avr. 2005, n° 04-82.427, inédit, *Dr. pén.* 2005, comm. 113, Robert ; Crim., 8 févr. 2006, n° 05-80.301, *Bull. crim.* n° 34, *D.* 2006, p. 2297, Saenko ; Crim., 8 janv. 2008, n° 07-82.436, inédit, *Dr. sociétés* 2008, comm. 85, Salomon.

La solution concernant le contrat ressort notamment de deux décisions rendues par les juges du fond, un jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 29 juin 1906⁵¹⁷, et un arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 mai 2002⁵¹⁸. Dans le jugement de 1906, le tribunal décline sa compétence territoriale, au motif que le contrat signé en France ne constitue pas un critère de localisation. Pour la première fois, alors que le concept de condition préalable n'a même pas fait son apparition en doctrine, les juges du fond sous-entendent la notion de condition préalable, en admettant que certaines composantes de l'abus de confiance ne correspondent pas à de véritables éléments constitutifs. En effet, la motivation oppose « *les éléments faisant réellement partie du fait punissable, le détournement et la dissipation [à] ceux qui, sans pouvoir être compris dans l'agissement décrit par la loi sont plutôt une condition nécessaire imposée par la loi pour reconnaître l'existence du délit* », la dernière catégorie d'éléments visés faisant inmanquablement penser à la condition préalable. Dans l'arrêt de 2002, l'exclusion et la distinction transparaissent encore plus explicitement : « *la convention [...], si elle peut s'analyser comme un préalable nécessaire aux faits [poursuivis] sous la qualification d'abus de confiance, n'est pas un élément constitutif de cette infraction et n'est pas dès lors un lien de rattachement du délit d'abus de confiance allégué au territoire de la République française* ».

La solution concernant la remise transparaît dans un arrêt rendu le 15 janvier 1990⁵¹⁹. En l'espèce, la remise à lieu en France, et le détournement en Suisse. Si la Cour de cassation rattache l'abus de confiance au territoire de la République, ce n'est pas en se fondant sur la remise produite en France, mais en se basant sur l'indivisibilité entre le détournement réalisé à l'étranger et des actes de complicités effectués en France. La remise connaît donc le même sort que le contrat au titre duquel elle peut intervenir⁵²⁰, pour être évincée de la liste des critères de localisation de l'abus de confiance, et ainsi érigée en condition préalable de cette infraction.

⁵¹⁷. T. corr. Seine, 29 juin 1906, *Cl. 1907*, p. 130, *Rev. dr. intern. pr.* 1907, p. 572.

⁵¹⁸. Paris, 30 mai 2002, *Juris-Data* n° 2002-181500, *Dr. pén.* 2002, comm. 132, Véron.

⁵¹⁹. Crim., 15 janv. 1990, n° 86-96.469, *Bull. crim.* n° 22.

⁵²⁰. Sous l'empire de l'ancien article 408 du Code pénal, la remise devait obligatoirement intervenir au titre d'un des six contrats limitativement énumérés par le texte d'incrimination. Depuis la réforme, qui s'est accompagnée de la suppression de la référence au contrat dans l'actuel article 314-1 du même code, la remise peut procéder d'un contrat quelconque, ou d'aucun contrat. Par exemple : Crim., 18 oct. 2000, n° 00-82.132, inédit, *Dr. pén.* 2001, comm. 28, Véron, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 384, Ottenhof. *Adde* : SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *Mélanges Larguier*, PUG, 1993, p. 308 ; VERON, « Le contrat préalable à l'abus de confiance », *Dr. pén.* 1995, chron. 21, et « L'abus de confiance : son extension dans l'espace et dans le temps », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1155.

238.- L'abus de confiance ne représente pas le seul exemple d'infraction dont une composante est dépourvue de fonction attractive, et donc reconnue comme une condition préalable. La solution se retrouve aussi à propos de la non-représentation d'enfant (*C. pén.*, art. 227-5). A maintes reprises, la jurisprudence a rappelé que l'infraction se produit au lieu où la remise de l'enfant doit être effectuée, et non à celui où la décision de justice a été rendue, au motif que cette dernière n'est pas un élément proprement constitutif⁵²¹, ce qui la range parmi les conditions préalables⁵²². La solution se rencontre encore en matière d'abandon de famille (*C. pén.*, art. 227-3), infraction pour laquelle la décision de justice tient également lieu de condition préalable, donc ne peut pas servir de critère de localisation⁵²³. Toutes les décisions rendues en ce sens, qui distinguent les éléments constitutifs de la condition préalable et refusent de considérer cette dernière comme un critère de localisation, sont approuvées par une grande partie de la doctrine⁵²⁴, parmi laquelle de nombreux adhérents au concept de la condition préalable. Cependant, la jurisprudence a opéré le même revirement pour la condition préalable que pour les actes préparatoires. A près avoir été exclue de la liste des critères de localisation, la condition préalable y est désormais admise, ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations sur la réalité de la notion.

⁵²¹. Crim., 27 oct. 1966, n° 66-91.280, *Bull. crim.* n° 244, *Gaz. Pal.* 1967, 1, p. 10, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 739, Decocq, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 438, Légal, *ibid.* 1967, p. 665, Levasseur ; Crim., 16 juill. 1969, n° 69-90.363, *Bull. crim.* n° 228, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 253 ; Crim., 30 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 406.

⁵²². MARMIER, « De la condition préalable du délit de non-représentation d'enfants », *Rev. sc. crim.* 1970, p. 572.

⁵²³. Paris, 2 déc. 1994, *Juris-Data* n° 1994-024160.

⁵²⁴. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 226, note 134 ; DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 81 ; DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 726 ; KØERING-JOULIN, *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction : essai sur le règlement des conflits des lois pénales dans l'espace*, Thèse Strasbourg, 1973, p. 92 ; LEGAL, *Rev. sc. crim.* 1961, p. 342, ss. Crim., 28 janv. 1960, *ibid.* 1967, p. 171, ss. Crim. 22 avr. 1966 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 230, n° 212 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 402, note 14 ; PRADEL et DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^e éd., 2010, p. 636, n° 897 ; RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 239, n° 203 ; ROUJOU DE BOUBEE, *D.* 1979, p. 177, ss. crim. 12 févr. 1979 ; SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990, p. 29, n° 42 ; VERON, *Dr. pén.* 2002, comm. 132, ss. Paris, 30 mai 2002 ; VOUIN et RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^e éd., 1988, n° 58.

Section II – La fausse mort par l’admission

239.- Sans surprise, la jurisprudence a fini par exploiter la condition préalable comme critère de localisation. Dans la mesure où l’exclusion initiale a fait naître le concept de condition préalable, il serait légitime de considérer que l’admission finale met un terme à ce dernier. En réalité, il s’agit simplement d’une manipulation de la pratique (§ I), qui engendre néanmoins des détériorations théoriques (§ II).

I – La manipulation en pratique

240.- En érigeant la condition préalable en critère de localisation, la jurisprudence n’annihile pas le concept, elle le manipule. En effet, l’exploitation de la condition préalable n’est destinée qu’à servir la compétence territoriale française, de sorte que, si la prise en compte de la notion par la localisation est certaine (A), elle n’est pas totale pour autant (B).

A – La récupération effective

241.- La condition préalable, consacrée par les décisions rendues en matière de localisation, et à ce titre écartée des critères de localisation, a rapidement intégré ces derniers. La jurisprudence n’a pas résisté à la tentation de multiplier encore les hypothèses de rapatriement sur le territoire de la République, puisant ainsi dans la condition préalable réalisée en France, lorsque tous les éléments constitutifs sont effectués à l’étranger. Si le revirement a été progressif pour l’abus de confiance (1), en revanche le recrutement est intensif chez les autres infractions (2).

I – Le revirement progressif

242.- L’abus de confiance incarne une infraction symbolique au regard de la condition préalable, dans la mesure où ce délit constitue le terreau du concept. Pourtant, l’abus de confiance, à partir duquel la notion de condition préalable est dégagée par la doctrine puis consacrée par la jurisprudence, s’est vu rattraper par les besoins de la

localisation. Cependant, la récupération des conditions préalables de l'abus de confiance n'est pas homogène. Si elle est bien ancrée concernant la remise, en revanche elle semble plus fragile concernant le contrat.

243.- L'admission de la remise au titre des critères de localisation de l'abus de confiance est intervenue rapidement. C'est une décision en date du 12 février 1979⁵²⁵, qui porte un coup d'arrêt à son exclusion, jusqu'alors de mise. En l'espèce, un collectionneur confie, en France, un certain nombre de tableaux à un marchand d'art, afin que ce dernier les expose et les vende en Allemagne. Le marchand d'art s'avérant avoir indûment conservé une partie du prix de vente, le collectionneur le poursuit pour abus de confiance devant les juridictions françaises. La remise ayant eu lieu en France, et le détournement à l'étranger, la solution traditionnelle commandait au juge de décliner sa compétence territoriale. En effet, le détournement n'étant pas réalisé en France, l'abus de confiance ne semble pas pouvoir être rattaché au territoire de la République. Pourtant, la Cour de cassation localise l'abus de confiance sur le sol national, au motif que la remise est effectuée en France.

Dorénavant, la remise peut servir de critère de localisation à l'abus de confiance. D'une part, la solution est dépourvue d'ambiguïté, la remise étant visée en tant que telle. La jurisprudence acceptait déjà de localiser l'abus de confiance en fonction de la remise, lorsque l'intention du détournement se manifeste dès celle-ci⁵²⁶. Mais en réalité, ce n'est pas véritablement la remise qui est prise en compte, dans la mesure où, à travers l'élément moral de l'infraction, la jurisprudence considère que la remise et le détournement se produisent au même endroit. La décision en cause ne représente en rien une application de ce cas de figure particulier, aucune référence n'étant faite à l'intention du détournement. La remise incarne bien un critère de localisation à part entière, comme le fait expressément transparaître la motivation. Après avoir rappelé que l'article 693 du Code de procédure pénale exige un acte caractérisant un des éléments constitutifs en France, la Cour de cassation décrète que « *tel est bien le cas en l'espèce, où il a été constaté que la remise des tableaux a eu lieu à Paris* ». D'autre part, la

⁵²⁵. Crim., 12 févr. 1979, n° 78-91.482, *Bull. crim.* n° 60, *D.* 1979, p. 177, Roujou de Boubée, *Gaz. Pal.* 1979, 2, p. 564, *Rev. sc. crim.* 1979, p. 575, Bouzat, *ibid.* 1980, p. 417, Larguier, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 174, Pradel et Varinard.

⁵²⁶. Crim., 28 août 1879, *Bull. crim.* n° 173, *S.* 1880, 1, p. 389 ; Crim., 27 juill. 1933, *D.* 1933, 1, p. 159.

solution n'est pas isolée, la remise ayant été exploitée à plusieurs reprises, notamment dans deux arrêts, rendus le 13 octobre 1981⁵²⁷ et le 30 octobre 1987⁵²⁸.

La remise est érigée en critère de localisation à elle seule, mais seule la remise peut incarner un critère de localisation. En d'autres termes, les trois décisions précitées ne signifient pas que la condition préalable de l'abus de confiance en général, peut servir de lien de rattachement territorial, mais seulement que l'une des conditions préalables de l'abus de confiance, la remise, peut remplir cette fonction. Que ce soit dans l'arrêt de 1979, 1981, ou 1987, la remise a lieu en France, mais le contrat qui en est la cause aussi. Pourtant, aucune des trois décisions ne fait référence au contrat pour justifier la localisation de l'abus de confiance sur le territoire de la République, seule la remise est exclusivement visée. La nuance n'a pas échappé aux commentateurs, qui en déduisent qu'il convient de distinguer entre la remise éligible d'un côté, et le contrat irrecevable de l'autre⁵²⁹.

La jurisprudence réserve donc un traitement différencié aux conditions préalables de l'abus de confiance, et la doctrine voit dans cette distinction une explication, et même une justification⁵³⁰, à l'admission de la remise au titre des critères de localisation de l'infraction. Tout comme il existe plusieurs types de composantes contribuant à l'existence d'une infraction, les éléments constitutifs d'une côté, et les conditions

⁵²⁷. Crim., 13 oct. 1981, n° 80-93.302, *Bull. crim.* n° 271, *JCP G* 1982, II, 19862, Maistre du Chambon, *Rev. sc. crim.* 1983, p. 453, Larguier.

⁵²⁸. Paris, 30 oct. 1987, *Juris-Data* n° 1987-026948. *Contra* : Crim., 13 oct. 1999, n° 98-86.165, *Bull. crim.* n° 217. L'arrêt semble revenir sur la solution, et de nouveau opter pour l'exclusion de la remise des critères de localisation de l'abus de confiance. En l'espèce, le détournement a lieu à Madagascar, mais la remise en France. Malgré cette circonstance, la Cour de cassation refuse de localiser l'abus de confiance sur le territoire de la République. Cependant, la remise ne saurait être rayée des critères de localisation pour autant. En effet, la motivation précise qu'en matière de détournement de chèque, il faut prendre en compte, non pas le lieu du dépôt, mais celui de l'encaissement. Or, l'encaissement du chèque ne constitue pas le détournement. Le détournement se caractérise par l'absence de restitution ou la mauvaise utilisation des sommes, après leur encaissement, mais l'encaissement en lui-même ne vaut pas détournement (hormis, peut-être, lorsque l'intention de détourner existe dès l'encaissement, mais une telle circonstance doit se prouver, et non se présumer). En revanche, l'encaissement appartient bien à la remise, pour en incarner l'un des versants. A l'instar d'une remise par correspondance, où il est possible de distinguer l'émission et la réception, la remise d'un chèque se décompose en deux temps, le dépôt, puis l'encaissement. Par conséquent, la solution ne signifie pas que la remise ne peut plus servir de critère de localisation de façon générale, mais que cette dernière ne peut pas remplir une telle fonction dans un cas particulier, lorsque la remise porte sur un chèque.

⁵²⁹. LARGUIER, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 417, ss. Crim., 12 févr. 1979 ; ROUJOU DE BOUBEE, *D.* 1979, p. 177, ss. Crim., 12 févr. 1979.

⁵³⁰. ROUJOU DE BOUBEE, *D.* 1979, p. 177, ss. Crim., 12 févr. 1979 ; VERON, *Dr. pén.* 2002, comm. 132, ss. Paris, 30 mai 2002. Les auteurs considèrent que, si le contrat ne doit pas servir de critère de localisation à l'abus de confiance, en revanche la remise peut remplir une telle fonction. *Contra* : LARGUIER, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 417, ss. Crim., 12 févr. 1979 ; LEGAL, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 171, ss. Crim., 22 avr. 1966. Ces derniers considèrent que, ni le contrat, ni la remise, ne doivent tenir de critère de localisation à l'infraction.

préalables de l'autre, il existerait plusieurs types de conditions préalables. La subdivision opérée à propos de l'infraction pourrait donc être transposée à l'une des composantes de cette dernière, de sorte qu'à l'intérieur du concept même de condition préalable, toutes les conditions préalables ne seraient pas à placer sur un pied d'égalité, ce qui se traduirait notamment à travers leur rôle en matière de localisation. Une telle distinction rejoint celle proposée par le Professeur Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC⁵³¹, qui sépare, d'un côté la condition préalable à l'application de l'incrimination, qui ne permet pas de localiser l'infraction, et de l'autre la condition préalable à la réalisation de l'infraction, qui elle permet de localiser l'infraction. Dans l'abus de confiance, la condition à l'application de l'incrimination réside dans le contrat, et la condition préalable à la réalisation de l'infraction correspond à la remise. Toutefois, pareille distinction entre les conditions préalables n'est pas sans soulever quelques objections. D'une part, d'un point de vue théorique, la distinction entre les éléments constitutifs et la condition préalable ne faisant déjà pas l'unanimité, celle entre les conditions préalables semble prématurée. D'autre part, sur un plan pratique, la distinction entre les conditions préalables repose sur un critère dont l'extrême subtilité rend cette dernière impraticable, sortie de l'abus de confiance. Quoi qu'il en soit l'explication à l'admission de la remise au titre des critères de localisation de l'abus de confiance ne réside certainement pas dans la distinction entre la remise et le contrat, dans la mesure où le second à rejoint la première dans sa fonction attractive.

244.- Si la jurisprudence a rapidement exploité la remise, en revanche le contrat a longtemps été épargné, et semblait même à l'abri de toute récupération, dans la mesure où son exclusion du contrat des critères de localisation a été réaffirmée dans un arrêt du 30 mai 2002⁵³², bien après la série d'arrêts⁵³³ proclamant l'admission de la remise. Cependant, à l'instar de la remise, le contrat est rattrapé par les besoins de la localisation, et érigé au rang de critère de localisation de l'abus de confiance dans un

⁵³¹. LUCAS DE LEYSSAC, *Décisions de justice civile et répression pénale*, Thèse Paris, 1975, p. 310.

⁵³². Paris, 30 mai 2002, *Juris-Data* n° 2002-181500, *Dr. pén.* 2002, comm. 132, Véron. Certes, il s'agit d'un arrêt de cour d'appel, cependant ce dernier applique la position adoptée depuis près d'un siècle par la Cour de cassation.

⁵³³. *Crim.*, 12 févr. 1979, n° 78-91.482, *Bull. crim.* n° 60, *D.* 1979, p. 177, Roujou de Boubée, *Gaz. Pal.* 1979, 2, p. 564, *Rev. sc. crim.* 1979, p. 575, Bouzat, *ibid.* 1980, p. 417, Larguier, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 174, Pradel et Varinard ; *Crim.*, 13 oct. 1981, n° 80-93.302, *Bull. crim.* n° 271, *JCP G* 1982, II, 19862, Maistre du Chambon, *Rev. sc. crim.* 1983, p. 453, Larguier ; Paris, 30 oct. 1987, *Juris-Data* n° 1987-026948.

arrêt du 10 mai 2007⁵³⁴. En l'espèce, un dirigeant d'entreprise souhaite acquérir un bateau. L'acheteur et le vendeur signent, en France, un contrat en vertu duquel, d'une part, le vendeur doit recevoir un acompte, et d'autre part, la vente est subordonnée à l'examen technique du bateau. L'acheteur verse un acompte au vendeur sur un compte en banque domicilié à l'étranger, et il est procédé à l'examen technique du bateau en France. L'expertise révélant de graves anomalies sur le bateau, l'acheteur renonce à la vente, et demande au vendeur la restitution de son acompte. Le vendeur s'obstinant à conserver les fonds, l'acheteur poursuit ce dernier pour abus de confiance devant les juridictions françaises. Dans la mesure où le détournement et la remise ont lieu à l'étranger, et donc que la seule circonstance réalisée en France réside dans la conclusion du contrat, normalement insuffisant à caractériser un critère de localisation de l'abus de confiance, il était légitime de s'attendre à ce que la jurisprudence refuse de rattacher l'infraction au territoire de la République. Et pourtant, la Cour de cassation répute l'abus de confiance commis sur le sol national, au motif que « *le contrat, à l'occasion duquel il est allégué un abus de confiance, a été conclu et a reçu un début d'exécution en France* ».

Le revirement opéré par la jurisprudence est indéniable. Le contrat, condition préalable de l'abus de confiance jusque là évincée des critères de localisation de l'infraction, y est désormais intégrée. Le contrat signé en France incarne donc une possibilité supplémentaire de rattachement territorial, à une condition cependant, qu'il ait reçu un début d'exécution sur le territoire de la République. Une telle solution, en érigeant une condition préalable en critère de localisation d'une infraction, est condamnable en soi, dans la mesure où elle ne respecte pas la neutralité répressive que sous-tend le concept de condition préalable. Mais la solution est d'autant plus critiquable, au regard de sa justification, et de son application. D'une part, si tant est que l'édification d'une condition préalable en critère de localisation puisse recevoir une justification acceptable, celle avancée par la Cour de cassation s'avère particulièrement fragile. Pour être attractif de compétence, le contrat doit être exécuté au moins partiellement en France. La raison d'être d'une telle condition ne semble trouver aucune autre explication que celle tirée de l'opportunité de la localisation. La référence à l'exécution du contrat est manifestement destinée à donner l'impression que le critère de localisation n'est pas uniquement puisé dans la condition préalable, mais également relié

⁵³⁴. Crim., 10 mai 2007, n° 06-88.783, inédit.

au détournement. Cependant, l'exécution ne peut en aucun cas être rattachée au détournement, dans la mesure où ce dernier consiste nécessairement en une inexécution, soit par une mauvaise exécution, soit par une absence d'exécution. D'autre part, la mise en œuvre de la solution soulève deux objections, non seulement elle est difficile en général, mais de surcroît elle est impossible en l'espèce. Difficile en général, car la condition tenant au début d'exécution du contrat implique de déterminer le seuil à partir duquel l'exécution peut être considérée comme suffisante pour servir de critère de localisation. Mais surtout impossible en l'espèce, car la condition exigeant un début d'exécution du contrat en France n'est pas remplie, et ce pour deux raisons. Premièrement, il n'y a pas eu d'exécution du contrat en France. En effet, la Cour de cassation analyse l'examen technique du bateau comme un début d'exécution du contrat. Or, il ressort clairement des faits que le contrat de vente est subordonné à l'examen technique du bateau. Par conséquent, l'examen technique du bateau ne constitue pas une obligation du contrat, qui doit être exécutée en plus des obligations traditionnelles qui incombent aux parties d'un contrat de vente⁵³⁵, il représente la condition préalable du contrat, qui doit se réaliser pour permettre à ce dernier d'être efficace⁵³⁶. Deuxièmement, il n'y a pas eu d'exécution du contrat du tout. En effet, le contrat est subordonné à l'examen technique du bateau, et plus exactement à une expertise qui devant attester du bon état du navire. Tant que la condition suspensive n'est pas réalisée, le contrat est certes formé, mais l'exécution du contrat n'est pas exigible. La jurisprudence est formelle sur ce point, aucune des parties ne peut requérir l'exécution du contrat, ni agir en résolution pour inexécution⁵³⁷. Or, en l'espèce, la condition suspensive est défailante, l'examen technique du bateau ayant révélé de nombreuses anomalies. Par conséquent, en l'absence de condition suspensive rendant l'exécution exigible, l'exécution est impossible, puisque les parties ne vont pas accomplir des obligations auxquelles elles ne sont pas tenues. D'ailleurs, dans l'arrêt en cause, le vendeur n'a pas remis la chose, et l'acquéreur n'a pas payé le prix. Certes, l'acquéreur a versé un acompte, mais cette prestation, qui n'est autre que la remise, est effectuée à l'étranger, donc ne saurait être analysée comme un début d'exécution en France. Ces quelques remarques montrent, qu'à tenter de masquer une solution opportuniste derrière un argument juridique, la Cour de cassation fait naître plus de problèmes qu'elle n'en

⁵³⁵. La remise de la chose par le vendeur, et le paiement du prix par l'acquéreur.

⁵³⁶. TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, p. 1215, n° 1230.

⁵³⁷. Civ. 3^e, 16 juill. 1980, n° 79-11.336, *Bull. civ.* n° 139.

cache. De là à considérer que la prise en compte du contrat à lui seul comme critère de localisation de l'abus de confiance, aurait été moins néfaste que la prise en compte du contrat affublé d'un début d'exécution, il n'y a qu'un pas. D'autant que, exécution du contrat ou pas, il n'en demeure pas moins que la solution revient à permettre de localiser l'abus de confiance à partir d'une de ses conditions préalables. Et nul doute que, dans un futur proche, la jurisprudence se passe de l'exigence d'exécution du contrat, et se contente de la conclusion du contrat.

L'admission du contrat au titre des critères de localisation de l'abus de confiance élargit considérablement le champ des possibles concernant le rattachement territorial de cette infraction. En réalité, à travers le contrat, c'est le titre de la remise qui se voit érigé en critère de localisation de l'abus de confiance. Or, depuis la réforme du Code pénal, la remise n'est plus subordonnée à l'un des six contrats⁵³⁸ énumérés par l'ancien article 408 du Code pénal, mais peut intervenir, non seulement en vertu de n'importe quel type de contrat⁵³⁹, mais également en l'absence de tout contrat. Cette dernière hypothèse signifie que la remise peut être déterminée, soit par des dispositions légales ou réglementaires⁵⁴⁰, soit par une décision de justice⁵⁴¹. Par conséquent, à partir du moment où la jurisprudence semble ériger n'importe quelle condition préalable de l'abus de confiance en critère de localisation, rien ne l'empêche de retenir l'une de ces trois conditions préalables, un contrat, un texte normatif, ou une décision de justice.

2 – Le recrutement intensif

245.- L'abus de confiance n'est pas la seule infraction à faire l'objet d'une localisation à partir de sa condition préalable. De nombreuses infractions se sont vues rattacher au territoire de la République à partir de cette composante, bien avant l'admission de ce critère concernant l'abus de confiance⁵⁴², et même bien avant

⁵³⁸. Bail, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage, et travail.

⁵³⁹. Crim., 18 oct. 2000, n° 00-82.132, inédit, *Dr. pén.* 2001, comm. 28, Véron, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 384, Ottenhof. *Adde* : SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *Mélanges Larguier*, PUG, 1993, p. 308 ; VERON, « Le contrat préalable à l'abus de confiance », *Dr. pén.* 1995, chron. 21, et « L'abus de confiance : son extension dans l'espace et dans le temps », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1155.

⁵⁴⁰. Crim., 1^{er} mars 2000, n° 99-81.513, *Bull. crim.* n° 97, *D.* 2001, p. 2352, Segonds, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 831, Ottenhof ; Crim., 6 sept. 2000, n° 99-87.552, inédit, *Dr. pén.* 2001, comm. 14, Véron.

⁵⁴¹. Crim., 3 déc. 2003, n° 02-80.041, *Bull. crim.* n° 232, *Gaz. Pal.* 2004, 2, p. 2605, Monnet.

⁵⁴². Deux explications sont possibles. Soit la jurisprudence considère que la composante servant de critère de localisation est bien une condition préalable de l'infraction en cause, et décide néanmoins de

l'apparition du concept de condition préalable⁵⁴³. Par exemple, l'émission de chèque sans provision⁵⁴⁴ pouvait être localisée à partir de l'absence de provision du compte⁵⁴⁵. De plus, le délit de fournisseur⁵⁴⁶ pouvait être localisé à partir du contrat conférant la qualité de fournisseur⁵⁴⁷. De même, l'abandon de famille (*C. pén.*, art. 227-3) peut être localisé à partir de la décision de justice fixant la pension alimentaire⁵⁴⁸. Ou encore, le recel (*C. pén.*, art. 321-1) peut être localisé à partir de l'infraction source⁵⁴⁹.

Il est extrêmement difficile de dégager une ligne directrice à travers les décisions retenant la condition préalable comme critère de localisation, la comparaison des arrêts générant l'incompréhension la plus totale. Comment expliquer, pour ne prendre qu'une illustration, que le contrat ne peut servir de rattachement territorial à l'abus de confiance que depuis 2007⁵⁵⁰, alors que le contrat remplit cette même fonction à l'égard du délit de fournisseur depuis 1967⁵⁵¹ ? La doctrine a tenté d'élaborer des théories proposant des clés de lecture. C'est le cas notamment du Professeur Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC⁵⁵², qui explique la prise en compte ou non de telle ou telle condition

l'ériger en rattachement territorial, opérant ainsi un revirement qui a été appliqué à l'abus de confiance par la suite. Soit la jurisprudence considère que la composante servant de critère de localisation n'est pas une condition préalable, mais un élément constitutif de l'infraction en cause, qui peut donc naturellement servir de rattachement territorial. Avant d'être envisagée comme une notion de droit pénal général applicable à toute infraction, la condition préalable était appréhendée comme une notion de droit pénal spécial, limitée à quelques infractions. Par conséquent, ce qui aujourd'hui s'impose comme une condition préalable, pouvait hier s'analyser comme un élément constitutif.

⁵⁴³. Ce qui aujourd'hui est analysé comme une condition préalable, était à l'époque considéré comme un élément constitutif, donc un critère de localisation possible.

⁵⁴⁴. Infraction abrogée par la loi du 30 décembre 1991 (L. n° 91-1392, 30 déc. 1991, *JO* 1^{er} janv.). Sur l'infraction, v° notamment : DURAN, « Le chèque sans provision », *Rev. sc. crim.* 1949, p. 21 ; GOYET, *Précis de droit pénal spécial*, Sirey, 1972, p. 723, n° 1011 ; HERZOG, « Réflexions sur la législation pénale du chèque », *Mélanges Patin*, Cujas, 1965, p. 275 ; JEANDIDIER, « Les vicissitudes du droit pénal positif du chèque », *Mélanges Larguier*, PUG, 1993.

⁵⁴⁵. *Crim.*, 29 juill. 1932, *Bull. crim.* n° 195, *JDI* 1933, p. 636 ; *Crim.*, 28 janv. 1960, *Bull. crim.* n° 55, *D.* 1960, p. 315, *Gaz. Pal.* 1960, 1, p. 214, *Rev. sc. crim.* 1961, p. 340, *Légal*. Pour une localisation à partir de l'émission : *Crim.*, 20 oct. 1959, *D.* 1960, p. 300, Lagarde, *RTD com.* 1961, p. 212, Loussouarn ; Colmar, 18 déc. 1964, *RCDP* 1965, p. 373 ; T. corr. Bourg-en-Bresse, 7 juin 1961, *JCP G* 1961, II, 12612.

⁵⁴⁶. Infraction abrogée lors de la réforme du Code pénal par la loi du 16 décembre 1992 (L. n° 92-1336, 16 déc. 1992, *JO* 23 déc.).

⁵⁴⁷. *Crim.*, 25 mai 1967, n° 66-93.076, *Bull. crim.* n° 164, *D.* 1967, p. 551, *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 118, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 474, Decocq, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 880, Robert, *ibid.* 1968, p. 65, *Légal*.

⁵⁴⁸. *Crim.*, 29 mars 1962, *Bull. crim.* n° 153.

⁵⁴⁹. *Crim.*, 9 déc. 1933, *Bull. crim.* n° 237, *S.* 1936, 1, p. 313, *Légal* ; *Crim.*, 26 sept. 2007, n° 07-83.829, *Bull. crim.* n° 224, *AJ Pénal* 2008, p. 137, Cartier, *D.* 2008, p. 1179, Rebut, *Dr. pén.* 2007, comm. 150, Véron, *JCP G* 2008, II, 10047, Segonds, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 69, Fortis.

⁵⁵⁰. *Crim.*, 10 mai 2007, n° 06-88.783, inédit.

⁵⁵¹. *Crim.*, 25 mai 1967, n° 66-93.076, *Bull. crim.* n° 164, *D.* 1967, p. 551, *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 118, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 474, Decocq, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 880, Robert, *ibid.* 1968, p. 65, *Légal*.

⁵⁵². LUCAS DE LEYSSAC, *Décisions de justice civile et répression pénale*, Thèse Paris, 1975, p. 310.

préalable comme critère de localisation, à travers la distinction déjà exposée entre la condition préalable à l'application de l'incrimination et la condition préalable à la réalisation de l'infraction. Le professeur André DECOCQ⁵⁵³, quant à lui, explique la prise en compte ou non de telle ou telle condition préalable comme critère de localisation, à travers la distinction entre la formation et les effets de la condition préalable. Selon ce dernier, « *le résultat de l'infraction perturbe nécessairement les effets de la situation juridique qu'est la condition préalable, donc la localisation de ces effets doit inévitablement influencer sur celle du délit lui-même ; en revanche, la formation de cette situation juridique et l'accomplissement des actes proprement constitutifs de l'infraction peuvent se situer dans des sphères tout à fait indépendantes et, par conséquent, le lieu où la condition préalable a été constituée ne peut comporter aucune attraction de compétence* ». En d'autres termes, si la condition préalable ne sert pas de critère de localisation, c'est qu'il s'agit de sa formation. Et si la condition préalable sert de critère de localisation, c'est qu'il s'agit de ses effets. C'est ainsi, notamment, que les deux auteurs justifient l'admission de la remise et l'exclusion du contrat concernant la localisation de l'abus de confiance. Cependant, l'une comme l'autre de ces théories a révélé ses limites, le jour où le contrat est devenu un critère de localisation de l'abus de confiance. Au risque, une nouvelle fois, de faire preuve d'une grande sévérité à l'égard des solutions rendues en matière de localisation, il semble malheureusement que ces dernières ne soient pas fondées par une logique juridique, mais guidées par une volonté opportuniste, dans la sélection du critère de localisation. Les quelques arrêts précités relatifs à l'abus de confiance le montrent. La prise en compte successive du détournement, puis de la remise, puis du contrat coïncident toujours avec l'impossibilité factuelle d'exploiter le critère de localisation habituellement retenu. Le détournement sert de rattachement exclusif lorsqu'il est réalisé en France, la remise sert de référence alternative lorsque le détournement se produit à l'étranger, et le contrat sert de rabattement final lorsque le détournement et la remise sont commis à l'étranger. En d'autres termes, la règle à suivre est simple : la condition préalable fait office de critère de localisation dès lors qu'elle incarne l'unique composante de l'infraction implantée sur le territoire de la République.

Le flou juridique qui transparait dans la sélection de telle ou telle condition préalable parmi les critères de localisation, se ressent dans le fondement retenu pour

⁵⁵³. DECOCQ, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 477, ss. Crim., 25 mai 1967.

appuyer la localisation à partir d'une même condition préalable. A ce titre, la condition préalable du recel fournit un exemple significatif. La condition préalable du recel présente la particularité de consister en une infraction autonome⁵⁵⁴, contrairement à la condition préalable de la quasi-totalité des autres infractions, qui incarne une situation de fait⁵⁵⁵ ou de droit non punissable⁵⁵⁶. Parce que c'est une infraction, la condition préalable du recel peut être exploitée dans le cadre des théories de l'indivisibilité ou de la connexité⁵⁵⁷, théories jurisprudentielles qui se basent sur la relation entre deux infractions pour justifier la compétence des juridictions françaises à l'égard des deux infractions, lorsqu'une seule d'entre elles est commise sur le territoire de la République⁵⁵⁸. Les deux théories, qui ont pour point commun d'exiger une pluralité d'infractions, se différencient par le degré d'intensité entre les infractions, le lien unissant deux infractions indivisibles devant être plus fort que celui reliant deux infractions connexes. En d'autres termes, il existe une progression entre le lien « *étroit* »⁵⁵⁹ de la connexité, et le lien « *renforcé* »⁵⁶⁰ de l'indivisibilité. La relation entre

⁵⁵⁴. L'argument avancé pour prôner l'absence de prise en compte de la condition préalable au titre des critères de localisation, consiste à dire que le rattachement territorial ne doit pas être fixé dans un fait non punissable. Dans l'hypothèse particulière où la condition préalable consiste en une infraction, certains auteurs considèrent donc normal d'ériger ce type de condition préalable en critère de localisation de l'infraction en cause : SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008, p. 315, n° 425.

⁵⁵⁵. Un âge, un lieu...

⁵⁵⁶. Un contrat, une décision de justice...

⁵⁵⁷. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, Cujas, 2006 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Panthéon-Assas, 2004 ; HUET et KØRING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979 ; REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 2012.

⁵⁵⁸. Dans cette hypothèse, le rapatriement en France de l'infraction commise à l'étranger résulte d'un effet procédural, et plus exactement une prorogation de compétence. En effet, l'existence d'un lien de connexité ou d'indivisibilité permet la jonction des procédures relatives à chaque infraction en une seule. Par conséquent, si les procédures relatives à chaque infraction sont initialement menées dans des ressorts différents, parce que les infractions sont commises dans des endroits éloignés, la juridiction au profit de laquelle la jonction est finalement prononcée voit sa compétence prorogée. La juridiction est compétente pour connaître des deux infractions, et pas uniquement l'infraction à l'égard de laquelle elle est normalement compétente en vertu des règles traditionnelles de compétence.

⁵⁵⁹. GUINCHARD et BUISSON, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 10^e éd., 2014, p. 586, n° 1065. L'article 203 du Code de procédure pénale énumère quatre cas de connexité : « *les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées* ». Cependant, la jurisprudence considère que la liste n'est pas limitative, et se réserve la possibilité de créer des cas de connexités supplémentaires, dès lors « *qu'il existe entre les faits des rapports étroits, analogues à ceux que la loi a spécialement prévus* » : Crim., 12 juin 1954, *Bull. crim.* n° 210 ; Crim., 17 janv. 1957, *Bull. crim.* n° 53 ; Crim., 5 déc. 1957, *Bull. crim.* n° 808 ; Crim., 13 févr. 1974, n° 73-91.440, *Bull. crim.* n° 64 ; Crim., 12 nov. 1981, n° 79-90.830, *Bull. crim.* n° 302 ; Crim., 18 août 1987, n° 87-83.084, inédit, *D.* 1988, p. 194, Pradel.

le recel et son infraction source entre expressément dans l'un des quatre cas de complexité énumérés à l'article 203 du Code de procédure pénale. Pourtant, lorsqu'elle rapatrie un recel réalisé à l'étranger grâce à sa condition préalable effectuée en France, la jurisprudence utilise aussi bien le fondement de la connexité⁵⁶¹ que celui de l'indivisibilité⁵⁶². A défaut de pouvoir anticiper le recours à l'une ou l'autre des théories⁵⁶³, il est tout de même possible d'évacuer un fondement, l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. En d'autres termes, une infraction peut être reliée au territoire de la République au moyen de son infraction source, en vertu de la connexité ou de l'indivisibilité, mais pas au moyen de l'extension de territorialité. Dès lors, il est possible de systématiser le fondement de la localisation selon deux grandes catégories de conditions préalable. Lorsque la condition préalable consiste en un fait punissable, elle sert de lien de rattachement sur le fondement de la complexité ou de l'indivisibilité. Et lorsque la condition préalable consiste en un fait non punissable, elle sert de critère de localisation sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. Cependant, ce schéma, déjà succinct, est remis en cause par un arrêt du 26 septembre 2007⁵⁶⁴, qui localise un recel sur le territoire de la République à partir de son infraction source, non pas sur le fondement de l'une des théories jurisprudentielles, mais sur le fondement

⁵⁶⁰. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, Cujas, 2006, p. 184, n° 522, et p. 290, n° 535. La loi ne définit pas l'indivisibilité. Tout au plus, le terme est mentionné à l'article 382 du Code de procédure pénale, qui dispose : « la compétence du tribunal correctionnel s'étend aux délits et contraventions qui forment avec l'infraction déférée au tribunal un ensemble indivisible ». Dans le silence de la loi, la jurisprudence a élaboré une définition, en vertu de laquelle « l'indivisibilité suppose que les éléments de la prévention sont rattachés entre eux par un lien tellement intime que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres et qu'ils sont de nature à se succéder nécessairement » : Crim., 24 juill. 1875, *Bull. crim.* n° 239 ; Crim., 8 févr. 1895, *Bull. crim.* n° 54 ; Crim., 7 mars 1895, *Bull. crim.* n° 76 ; Crim., 13 juin 1968, n° 68-90.382, *Bull. crim.* n° 196. Concrètement, la jurisprudence exige souvent des critères cumulatifs de la connexité.

⁵⁶¹. Crim., 9 nov. 2004, n° 04-81.742, *Bull. crim.* n° 274, *Dr. pén.* 2004, comm. 16, Maron, *ibid.* 2004, comm. 32, Véron, *JCP G* 2004, IV, 3475, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 294, Vermelle. En l'espèce, la Cour de cassation se déclare incompétente pour juger le recel commis à l'étranger, alors même que l'infraction source avec laquelle il entretient un lien de connexité s'est produite en France, mais uniquement parce que l'infraction source est prescrite.

⁵⁶². Crim., 9 déc. 1933, *Bull. crim.* n° 237, *S.* 1936, 1, p. 313, Légal.

⁵⁶³. Une telle disparité n'est pas propre à ce cas de figure, mais se retrouve dans toutes les applications de la connexité et de l'indivisibilité. L'explication trouve sa source, non seulement dans la définition des deux notions, celle de la complexité étant trop mouvante, et celle de l'indivisibilité inexistante, mais également dans les effets de chaque notion, la prorogation de compétence étant facultative en matière de connexité, alors qu'elle est obligatoire en matière d'indivisibilité. Sur ces difficultés de mise en œuvre : DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, Cujas, 2006.

⁵⁶⁴. Crim., 26 sept. 2007, n° 07-83.829, *Bull. crim.* n° 224, *AJ Pénal* 2008, p. 137, Cartier, *D.* 2008, p. 1179, Rebut, *Dr. pén.* 2007, comm. 150, Véron, *JCP G* 2008, II, 10047, Segonds, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 69, Fortis.

légal⁵⁶⁵. Par conséquent, une même condition préalable peut être exploitée de trois façons différentes, à travers la connexité, l'indivisibilité, ou l'extension de territorialité de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal.

L'hétérogénéité qui gouverne les solutions relatives à la localisation à partir de la condition préalable de l'infraction, que ce soit dans le choix du type de condition préalable ou du fondement applicable, trahit la motivation qui anime la prise en compte de cette composante dans le cadre de la localisation, tournée uniquement vers l'attraction territoriale. D'ailleurs, la prise en compte de la condition préalable ne joue que dans un sens, toujours lorsqu'elle est réalisée en France, jamais lorsqu'elle est effectuée à l'étranger.

B – Une utilisation sélective

246.- Si l'exclusion de la condition préalable des critères de localisation d'une infraction est considérée comme la marque de la reconnaissance du concept de condition préalable, il est légitime de se demander si l'admission de la condition préalable à une telle fonction signe la fin de l'existence du concept. L'évolution quant à la prise en compte de la condition préalable comme critère de localisation peut se comprendre de deux façons. Selon une première interprétation, la récupération de la condition préalable parmi les critères de localisation signifie que le concept n'existe pas. Si la condition préalable peut faire office de rattachement territorial au même titre que n'importe quel élément constitutif de l'infraction, c'est qu'en réalité tout n'est qu'élément constitutif au sein de celle-ci. Un tel raisonnement fait écho chez une partie de la doctrine⁵⁶⁶, qui se base sur les décisions rendues en matière de localisation pour expliquer le rejet du concept de condition préalable. A partir du moment où toutes les composantes caractérisant une infraction servent de critère de localisation à cette dernière, toutes

⁵⁶⁵. Une telle variation ne peut que surprendre, dans la mesure où le mécanisme qui justifie la compétence des juridictions françaises est foncièrement différent d'un fondement à l'autre. La compétence découlant de la connexité ou de l'indivisibilité relève de la procédure pénale (prorogation de compétence consécutive à une jonction de procédures), alors que celle dépendant de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal ressort du droit pénal de fond (caractérisation de l'infraction). A ce titre, le fondement tiré de la connexité ou de l'indivisibilité est plus approprié car il n'engendre qu'un simple effet procédural, alors que le fondement issu de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal implique une réflexion sur la composition de l'infraction.

⁵⁶⁶. Sans compter les opposants de premier rang, qui n'ont pas attendu les décisions rendues en matière de localisation pour réfuter le concept de condition préalable, et qui n'ont jamais parlé qu'en termes d'éléments constitutifs.

doivent être analysées comme des éléments constitutifs de l'infraction. Selon une seconde interprétation, la récupération de la condition préalable parmi les critères de localisation ne remet absolument pas en cause l'existence du concept de condition préalable, mais traduit simplement la manipulation dont il est l'objet pour les besoins de la localisation. Si la condition préalable peut faire office de rattachement territorial au même titre que n'importe quel élément constitutif de l'infraction, c'est qu'exceptionnellement la neutralité répressive attachée à la condition préalable est mise de côté afin de ramener une infraction sur le territoire de la République. Ce n'est pas parce que toutes les composantes qui caractérisent une infraction servent de critère de localisation qu'elles doivent toutes être analysées comme des éléments constitutifs, la condition préalable pouvant, à titre dérogatoire, remplir une telle fonction. Des deux interprétations, la seconde doit être privilégiée. L'admission de la condition préalable au rang de critère de localisation n'est pas synonyme de suppression du concept, mais le signe de son instrumentalisation par la jurisprudence en matière de localisation. En effet, l'étude d'ensemble de cette dernière montre que la notion de condition préalable a existé (1), et existe encore (2).

1 – La consécration

247.- Affirmer, au motif que la condition préalable figure désormais parmi les critères de localisation d'une infraction, que le concept n'existe pas, reviendrait purement et simplement à occulter tout un mouvement jurisprudentiel, qui pendant un temps a partiellement éloigné la condition préalable de cette fonction. S'il est difficile d'appréhender la cohérence d'ensemble des décisions relatives à la localisation, afin de déterminer précisément quelle condition préalable peut servir de critère de localisation, pour quelle infraction, et sur quel fondement, en revanche il est impossible de négliger les arrêts qui refusaient d'ériger la condition préalable en critère de localisation. Certes, sur une période identique, à propos de deux infractions distinctes, la jurisprudence peut retenir des solutions opposées, admettre la condition préalable comme critère de localisation pour une infraction, et l'exclure pour l'autre. Cependant, cela ne signifie nullement que la jurisprudence ne reconnaisse pas le concept de condition préalable en lui-même, mais uniquement que cette dernière ne l'applique pas à toutes les infractions. En effet, lorsqu'elle fait son apparition dans le paysage juridique, la condition préalable est

envisagée comme une notion de droit pénal spécial, réservée à un nombre limité d'infractions. L'abus de confiance en fait bien évidemment partie, raison pour laquelle le contrat est analysé comme une condition préalable de l'infraction, initialement écartée des critères de localisation⁵⁶⁷. Tel n'est manifestement pas le cas du délit de fournisseur, dont le contrat est immédiatement intégré dans les critères de localisation⁵⁶⁸, donc analysé comme un élément constitutif. Toujours est-il que, même limité à quelques infractions, le concept de condition préalable est bel et bien consacré. D'autant que, compte tenu de l'opportunisme affiché de la jurisprudence en matière de localisation, cette dernière ne se serait jamais privée d'une possibilité de rattachement territorial. Au regard des préoccupations de la localisation, il est impossible de concevoir que la jurisprudence ait pu refuser d'ériger un élément constitutif en critère de localisation. Par conséquent, le concept de condition préalable a fait l'objet d'une reconnaissance à travers les décisions anciennes, et fait encore l'objet de cette reconnaissance, malgré les solutions actuelles.

2 – La reconduction

248.- Affirmer, au motif que la condition préalable figure désormais parmi les critères de localisation d'une infraction, que le concept a existé, mais n'existe plus, reviendrait à adopter une lecture erronée du revirement jurisprudentiel, qui depuis un certain temps confère de façon généralisée une telle fonction à la condition préalable. La notion n'est pas supprimée, mais exploitée par la localisation. Les marques d'une telle manipulation sont visibles à trois points de vue. D'abord, ériger une composante en critère de localisation ne fait pas nécessairement de cette dernière un élément constitutif de l'infraction. En aucun cas la jurisprudence ne tient les notions de fait constitutif et d'élément constitutif pour synonymes. La preuve en est, les décisions rendues en matière de localisation voient dans les actes préparatoires un fait constitutif générateur de compétence⁵⁶⁹. Dès lors, la condition préalable peut tout à fait être considérée comme un fait constitutif, sans pour autant être analysée comme un élément constitutif. Ensuite, conférer à la condition préalable une fonction de localisation ne fait pas de cette dernière

⁵⁶⁷. T. corr. Seine, 29 juin 1906, *Cl.* 1907, p. 130, *Rev. dr. intern. pr.* 1907, p. 572 ; Paris, 30 mai 2002, *Juris-Data* n° 2002-181500, *Dr. pén.* 2002, comm. 132, Véron.

⁵⁶⁸. *Crim.*, 25 mai 1967, n° 66-93.076, *Bull. crim.* n° 164, *D.* 1967, p. 551, *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 118, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 474, Decocq, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 880, Robert, *ibid.* 1968, p. 65, Légal.

un élément constitutif pour autant. La condition préalable conservant sa neutralité répressive dans les autres domaines du droit pénal, à savoir la prescription et les conflits de loi dans le temps⁵⁷⁰, c'est bien que son pouvoir répressif en matière de localisation doit s'analyser comme exception de régime, et non comme une extinction de la notion⁵⁷¹. Enfin, et surtout, la prise en compte de la condition préalable en matière de localisation n'élève pas cette dernière au rang d'élément constitutif, dans la mesure où la prise en compte n'intervient que dans un sens, toujours pour considérer la condition préalable réalisée en France comme un critère de localisation, mais jamais pour analyser la condition préalable effectuée à l'étranger comme un élément d'extranéité. Lorsque tous les éléments constitutifs d'une infraction sont éclatés à la fois en France et à l'étranger, l'extranéité de l'infraction ne fait pas obstacle à sa localisation sur le territoire de la République, l'élément constitutif réalisé en France permettant de rattacher l'ensemble des éléments constitutifs au sol national. Toutefois, l'extranéité transparait à travers le fondement de la localisation, puisque l'infraction n'est pas considérée comme commise, mais seulement réputée commise sur le territoire de la République. Si par hypothèse la condition préalable n'existe pas, que tout n'est qu'élément constitutif, un tel statut juridique doit se ressentir sur le fondement de la localisation lorsque la composante litigieuse, condition préalable pour les uns, élément constitutif pour les autres, est réalisée à l'étranger. L'infraction ne doit pas être considérée comme commise, mais simplement réputée commise sur le territoire de la République. En d'autres termes, le texte visé ne doit pas être l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal, mais l'article 113-2 alinéa 2 du même code. Les recherches menées dans le cadre de la présente étude n'ont permis de recenser que quelques décisions portant sur la localisation d'une infraction dont la condition préalable est réalisée à l'étranger, les arrêts rendus dans l'affaire Péchiney-Triangle⁵⁷². Les solutions pourraient sembler

⁵⁶⁹. *Supra*, n° 209.

⁵⁷⁰. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006 ; THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon, 2006.

⁵⁷¹. Certains auteurs considèrent même que le rôle de la condition préalable en matière de localisation caractérise l'une des deux fonctions de la notion, la première étant pédagogique, l'interprétation stricte de la loi pénale, la seconde étant pratique, la localisation de l'infraction. Par conséquent, la prise en compte de la condition préalable comme critère de localisation n'incarne pas une exception de régime, mais l'une des facettes de ce dernier : FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006.

⁵⁷². Crim., 3 nov. 1992, n° 92-84.745, *Bull. crim.* n° 352, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 152, Jeantin, *D.* 1993, p. 120, Ducouloux-Favard, *Dr. pén.* 1993, comm. 87, Robert, *Dr. sociétés* 1993, comm. 82, Hovasse, *JCP E* 1993, I, 3652, Viandier et Caussain, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 787, Giudicelli-Delage, *Rev.*

fragiliser, voire infirmer la démonstration, dans la mesure où le délit d'initié est localisé en France sur le fondement de l'article 693 du Code de procédure pénale, équivalent de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. Cependant, le recours à l'extension de territorialité ne s'explique pas par l'extranéité de la condition préalable du délit d'initié, mais par celle du résultat de l'infraction⁵⁷³.

249.- L'absence de prise en compte de la condition préalable réalisée à l'étranger dans le fondement de la localisation transparaît tout particulièrement dans les décisions relatives à la localisation d'un type bien particulier d'infraction, la tentative.

L'infraction tentée est une infraction inachevée, une infraction dépourvue de résultat. Et cette absence de résultat incarne ni plus ni moins la condition préalable de l'infraction tentée⁵⁷⁴. En effet, l'absence de résultat incarne une condition de la tentative. Une condition négative, mais une condition tout de même. Cependant, il ne s'agit pas d'une condition qui doit s'entendre comme une composante de la tentative, mais comme un préalable à celle-ci. L'absence de résultat n'est pas un élément constitutif de la tentative, mais sa condition préalable. Ce n'est pas un élément constitutif, pour la simple et bonne raison qu'elle ne figure pas à l'article 121-5 du Code pénal, qui énumère les deux composantes de la tentative punissable, à savoir le commencement d'exécution et l'absence de désistement volontaire. Et c'est bien une

sociétés 1993, p. 436, Jeandidier, *RTD com.* 1993, p. 534, Reinhard ; Crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Bouloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Bouloc.

⁵⁷³. *Supra*, n° 80.

⁵⁷⁴. Analyser l'absence de résultat comme la condition préalable de la tentative, contribue à clarifier la distinction entre l'infraction tentée et l'infraction formelle. Les deux infractions ont pour point commun d'exclure le résultat de leurs éléments constitutifs, mais l'exclusion du résultat ne recouvre pas la même chose d'une infraction à l'autre. L'infraction tentée exige une absence de résultat. Avant même d'examiner la réunion des éléments constitutifs de la tentative, il faut s'assurer de cette condition négative, sans laquelle il est impossible de se situer sur le terrain de l'infraction tentée, et nécessaire de basculer sur celui de l'infraction consommée. En quelque sorte, l'absence de résultat incarne le contexte sans lequel une tentative ne peut pas apparaître. L'absence de résultat est donc une condition préalable de l'infraction tentée. L'infraction formelle, quant à elle, n'exige pas la présence d'un résultat. Qu'un résultat intervienne ou non, l'infraction peut être caractérisée. L'absence de résultat n'est donc pas une condition de l'infraction formelle. La différence de rôle dévolue à l'absence de résultat selon que l'infraction est tentée ou formelle, transparaît tout particulièrement lorsqu'un résultat intervient. Dans l'infraction tentée, la présence d'un résultat fait obstacle à l'apparition de l'infraction, alors que dans l'infraction formelle, la présence d'un résultat n'empêche pas la consommation de l'infraction, exception faite de la mise en danger délibérée d'autrui (*C. pén.*, art. 223-1), la survenance de la mort ou de blessure faisant basculer la qualification sur celle d'homicide ou de blessures involontaires (*C. pén.*, art. 221-6 ; 222-19, al. 2 ; 222-20).

condition préalable, dans la mesure où elle renvoie au contexte dans lequel une infraction tentée peut voir le jour, la survenance d'un résultat imposant alors de se placer sur le terrain de l'infraction consommée.

Avancer que l'absence de résultat représente la condition préalable de la tentative suppose d'admettre le concept de condition préalable de l'infraction consommée, et d'étendre ce dernier à l'infraction tentée, ce qui implique de rompre deux idées reçues. La première, qu'une infraction tentée ne peut pas disposer d'une condition préalable. La seconde, qu'un effet manqué ne peut pas incarner une condition préalable. Tout d'abord, la tentative exige la réunion de trois éléments constitutifs. Un élément légal, l'article 121-4 du Code pénal pour les crimes, et un article spécifique du même code pour les délits. Un élément matériel et moral, qui résultent notamment de la matérialité et de l'intention requises au titre du commencement d'exécution. La tentative est donc une infraction à part entière⁵⁷⁵, mais sous une forme particulière. Par conséquent, au même titre qu'une infraction consommée, l'infraction tentée peut être précédée d'une condition préalable. A ce titre, l'absence de résultat peut être considérée comme une condition préalable. Dans la tentative, l'absence de résultat correspond à l'effet manqué du commencement d'exécution. De prime abord, un effet renvoie à ce qui est postérieur à l'infraction, et paraît incompatible avec la notion de condition préalable, par définition antérieure à l'infraction. Cependant, si un effet qui s'est produit, donc qui existe, se situe nécessairement après sa cause, il n'en va pas de même pour un effet qui a échoué, donc qui n'existe pas. C'est parce que le résultat ou l'effet du commencement d'exécution est une condition négative de la tentative, qu'il peut incarner une circonstance antérieure à cette dernière, et par là-même sa condition préalable. Cela se vérifie dans la caractérisation de la tentative punissable, la présence du commencement d'exécution étant examinée, non pas avant, mais après l'assurance de l'absence du résultat.

A l'instar de toute infraction consommée, l'infraction tentée dispose d'une condition préalable spécifique, toujours identique, l'absence de résultat. Cette condition préalable peut se réaliser en France, tout comme à l'étranger, selon que le résultat échoue, en France ou à l'étranger. Lorsque l'absence de résultat intervient à l'étranger, et le commencement d'exécution en France, la jurisprudence localise la tentative

⁵⁷⁵. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 186, n° 325, et p. 193, n° 338 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 486, n° 230 ; SEGONDS, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative, n° 4.

d'infraction sur le territoire de la République à partir du commencement d'exécution. Cependant, systématiquement, la tentative est considérée comme commise en France, et non réputée commise sur le territoire de la République, signe que la réalisation de la condition préalable à l'étranger est sans incidence sur le fondement de la localisation. Une telle indifférence ne peut être qu'approuvée, dans la mesure où la neutralité répressive attachée à la condition préalable commande de retirer à celle-ci tout impact en matière de localisation, au titre du critère, comme au stade du fondement⁵⁷⁶. Toutefois, cette indifférence montre que la condition préalable connaît une prise en compte à deux vitesses, pour être intégrée lorsqu'elle procure un avantage, et ignorée lorsqu'elle présente un obstacle.

Les développements qui précèdent montrent que l'admission de la condition préalable au titre des critères de localisation d'une infraction ne doit pas s'analyser comme la suppression complète du concept, mais comme l'exploitation ciblée de ce dernier à des fins de rattachement territorial. La notion de condition préalable n'est peut-être pas mise à mort, mais néanmoins sérieusement mise à mal.

II – Les détériorations théoriques

250.- L'admission de la condition préalable comme critère de localisation présente un double avantage en termes de rattachement territorial pour incarner un critère, non seulement supplémentaire, mais de surcroît utilitaire. La condition préalable procure bien évidemment un critère de localisation supplémentaire, qui vient allonger la liste déjà fournie dans laquelle la jurisprudence peut puiser. Après la consommation, l'exécution, les actes préparatoires, le contexte de l'infraction offre un point d'encrage complémentaire, qui augmente encore un peu plus les chances de localisation d'une infraction sur le territoire de la République. Mais surtout, la condition préalable propose un critère de localisation particulièrement utilitaire, et ce pour deux raisons. D'une part, la condition préalable touche toutes les infractions. Contrairement au résultat ou au

⁵⁷⁶. Si l'absence de résultat doit être inopérante au regard de la localisation, c'est donc en raison de son statut de condition préalable, et non en raison du caractère impalpable du résultat manqué, qui empêcherait de situer celui-ci dans l'espace. Selon un tel raisonnement, une infraction d'omission, par définition impalpable puisqu'elle consiste ni plus ni moins en une absence d'action, ne pourrait jamais faire l'objet d'une localisation, ce qui est évidemment inconcevable. Sur la localisation des infractions d'omission : REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon, 1993, p. 491, n° 454.

second acte du comportement, qui ne se retrouvent respectivement que dans les infractions matérielles ou composites, la condition préalable est inhérente à toutes les infractions, qu'elles soient formelles, matérielles, simples ou complexes. Quelle que soit la nature de l'infraction, cette dernière nécessite toujours un environnement précis dans lequel se développer, qui peut prendre les formes les plus variées. Par exemple, la vie avant l'homicide (*C. pén.*, art. 221-1), la personne en péril avant l'omission de porter secours (*C. pén.*, art. 223-6), le secret professionnel avant la violation (*C. pén.*, art. 226-13), la décision de justice avant l'abandon de famille (*C. pén.*, art. 227-3) ou la non-représentation d'enfant (*C. pén.*, art. 227-5), la minorité avant la soustraction (*C. pén.*, art. 227-8), le gage ou la saisie avant le détournement (*C. pén.*, art. 314-5 ; 314-6), l'infraction avant le recel (*C. pén.*, art. 321-1) ou le blanchiment (*C. pén.*, art. 324-1), la nationalité française avant la trahison (*C. pén.*, art. 411-1), le premier mariage avant la bigamie (*C. pén.*, art. 433-20). D'autre part, une même infraction peut exiger plusieurs conditions préalables. C'est le cas notamment de l'abus de confiance (*C. pén.*, art. 314-1), qui requiert une remise et/ou un contrat⁵⁷⁷ avant le détournement, mais aussi du vol (*C. pén.*, art. 311-1), qui suppose un objet et la propriété d'autrui avant la soustraction. Critère à la fois supplémentaire et utilitaire, la condition préalable représente un critère de localisation rentable, qui favorise considérablement les possibilités de rapatriement d'une infraction sur le sol national. Si l'avantage est indéniable sur un plan quantitatif, en revanche il est contestable d'un point de vue qualitatif, ce qui présente un atout en termes de localisation, s'accompagnant le plus souvent de déboires au regard de la consommation. La condition préalable ne fait pas exception à la règle, la prise en compte de celle-ci comme critère de localisation engendrant des répercussions néfastes, non seulement sur les contours de l'infraction (B), mais également sur le concept de condition préalable lui-même (A).

A – L'affaiblissement du concept de condition préalable

251.- Si le fait d'ériger la condition préalable en critère de localisation ne remet pas en cause l'existence du concept, en revanche cela porte atteinte à sa consistance, que ce soit au regard du régime (1) ou de la notion (2) de condition préalable.

⁵⁷⁷. Depuis la réforme du Code pénal, la remise peut intervenir indépendamment de tout contrat, auquel cas l'abus de confiance ne comporte qu'une seule condition préalable.

I – La disparité du régime

252.- La condition préalable reçoit des applications jurisprudentielles dans les arrêts rendus en matière de localisation internationale, connaît une traduction légale à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, mais demeure avant tout une notion doctrinale. Une telle origine se ressent sur la fonction de la condition préalable, essentiellement théorique, voire « *pédagogique* »⁵⁷⁸. Définie comme « *la situation placée sous la protection de la qualification* »⁵⁷⁹, la condition préalable renvoie ni plus ni moins à la valeur sociale protégée, c'est-à-dire à la situation à laquelle le législateur veut empêcher qu'il soit porté atteinte⁵⁸⁰. « *Livrant la raison de l'intervention du législateur, en dévoilant ce qu'il a entendu assurer de sa protection, la condition préalable incarne un outils précieux* »⁵⁸¹ dans la compréhension des infractions.

Un besoin de compréhension peut se manifester à propos d'une seule infraction, afin d'interpréter cette dernière. Le plus souvent, le contenu de l'incrimination suffit à guider le juge dans son devoir de restitution de la loi pénale. Cependant, lorsque la lettre du texte s'avère insuffisante, l'esprit de celui-ci vient utilement éclairer le juge dans sa mission. Or, la condition préalable rejoint cet esprit. En incarnant ce que le législateur a voulu protéger, la condition préalable livre la philosophie de l'incrimination. Par conséquent, la connaissance de la condition préalable permet une interprétation conforme à la volonté du législateur.

⁵⁷⁸. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006, p. 48.

⁵⁷⁹. DECOCCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p.88.

⁵⁸⁰. A ce titre, la valeur sociale protégée par l'infraction détermine la place de cette dernière dans le Code pénal. Ainsi, le Livre II du Code pénal regroupe les infractions contre les personnes, le Livre III les infractions contre les biens, et de Livre IV les infractions contre la Nation. Parfois, la condition préalable d'une infraction révèle le mauvais emplacement de celle-ci. C'est le cas notamment du délit de non-représentation d'enfant (*C. pén.*, art. 227-5). La condition préalable de l'infraction consistant en l'existence d'une décision de justice, et donc les éléments constitutifs correspondant à la violation de cette dernière, l'infraction devrait figurer dans le Livre IV consacré aux atteintes à la Nation, dans la Section relative aux atteintes à l'autorité judiciaire, au lieu de figurer dans le Livre II réservé aux atteintes aux personnes, dans la Section relative aux atteintes aux mineurs : MARMIER, « De la condition préalable du délit de non représentation d'enfants », *Rev. sc. crim.* 1970, p. 571. C'est le cas également de l'abus de confiance (*C. pén.*, art. 314-1). La condition préalable consistant en une remise dans le cadre d'une relation, contractuelle ou non, l'incrimination vise moins à protéger le bien remis que la confiance placée en la personne à qui le bien est remis, de sorte que l'infraction ne devrait pas figurer dans le Livre III destiné aux atteintes aux biens, mais dans le Livre II dévolu aux atteintes aux personnes : LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464.

⁵⁸¹. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006, p. 50.

Un besoin de compréhension peut également se ressentir à propos de plusieurs infractions, afin d'articuler ces dernières entre elles. Deux infractions peuvent protéger la même valeur sociale, et exiger la même composante. Par exemple, l'escroquerie (*C. pén.*, art. 313-1) et l'abus de confiance (*C. pén.*, art. 314-1) sont tous deux classés parmi les infractions contre les biens, et requièrent tous deux la remise d'un bien au titre de leur caractérisation. L'intervention de la condition préalable révèle que d'une infraction à l'autre, une notion identique peut remplir une fonction différente. Dans l'escroquerie, la remise est un élément constitutif qui succède au comportement, pour en être la conséquence, c'est-à-dire le résultat. Dans l'abus de confiance, la remise est une condition préalable qui précède le comportement, pour en être une condition d'existence. Ainsi, la condition préalable permet de saisir la logique d'ensemble qui a guidé le législateur dans l'élaboration de ces incriminations présentant des similitudes. Chaque infraction traduit une gradation dans l'intensité de l'atteinte. Dans l'abus de confiance, la remise qui précède le détournement est délibérée. Dans l'escroquerie, la remise qui succède à la tromperie est manipulée.

253.- La fonction de la condition préalable revêt deux versants, l'un positif, qui transparaît dans ses vertus théoriques, l'autre négatif, qui se traduit par une neutralité pratique. Cette dernière se manifeste par une indifférence totale à la condition préalable dans la mise en œuvre des poursuites, que ce soit dans la détermination du point de départ de la prescription, ou dans la résolution des conflits de loi dans le temps. D'une part, la condition préalable ne peut pas influencer sur le départ de la prescription. La jurisprudence est constante sur ce point, la prescription ne court jamais à compter du jour où la condition préalable s'est produite, mais toujours à partir du moment où le dernier élément constitutif est accompli. Ce principe a donné lieu à une application remarquée dans le domaine du recel. Tant que le recel était considéré comme un cas de complicité, par actes postérieurs à l'infraction principale, la prescription de l'infraction principale engendrait la prescription du recel. Mais depuis que le recel a été érigé en infraction autonome, l'infraction source est passée du statut d'infraction principale à celui de condition préalable, de sorte que la prescription de l'infraction source n'entraîne plus la prescription du recel. D'autre part, la condition préalable ne peut pas contribuer à localiser une infraction dans le temps. La loi nouvelle modifiant la situation juridique à laquelle correspond la condition préalable est donc appliquée sans

considération de temps⁵⁸². Par conséquent, dans l'hypothèse où le législateur modifie la condition préalable d'une infraction, sans toucher aux éléments constitutifs de cette dernière, le comportement punissable en vertu de la loi ancienne le demeure sous l'empire de la loi nouvelle⁵⁸³.

L'exclusion initiale de la condition préalable des critères de localisation d'une infraction s'inscrivait dans la lignée de la neutralité répressive inhérente à la notion. Cependant, l'admission de la condition préalable parmi les critères de localisation instaure une entorse au principe. En conférant une fonction répressive à la condition préalable en matière de localisation dans l'espace, la jurisprudence rompt la cohérence d'ensemble sur laquelle repose le régime de la condition préalable. Normalement indifférente dans la mise en œuvre des poursuites, la condition préalable est désormais une référence dans l'application de la loi pénale dans l'espace. Une telle disparité au sein des fonctions de la condition préalable dessert considérablement la condition préalable, non seulement dans son aspect fonctionnel, mais également dans son aspect conceptuel, l'hétérogénéité du régime faisant perdre son originalité à la notion.

2 – *La fragilité de la notion*

254.- S'il semble désormais impossible de contester l'existence du concept de condition préalable, il est néanmoins difficile de préciser la consistance de la notion. Présenter la condition préalable comme le contexte sans lequel une infraction ne peut pas se réaliser, donne un aperçu global de la condition préalable, mais ne renseigne pas sur le contenu concret de celle-ci. A ce jour, ni la doctrine, ni la jurisprudence, n'est en mesure de dire ce que la notion recouvre. Que ce soit lors de son apparition au sein de la doctrine, ou de sa consécration par la jurisprudence, la condition préalable n'a jamais fait l'objet d'une détermination positive, au regard de ce qu'elle est, mais plutôt d'une délimitation négative, en fonction de ce qu'elle n'est pas. La définition de la condition préalable repose sur une opposition, une distinction entre la condition préalable et une autre notion du droit pénal : relève de la condition préalable, ce qui n'appartient pas aux éléments constitutifs⁵⁸⁴.

⁵⁸². DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 726.

⁵⁸³. *Crim.*, 22 nov. 1924, *S.* 1924, 1, p. 375.

⁵⁸⁴. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006, p. 8 : « La définition de la condition préalable ne peut se faire que par opposition aux éléments constitutifs. C'est dans

De prime abord, la frontière qui sépare la condition préalable des éléments constitutifs paraît nette, mais s'avère bien plus floue lorsqu'il s'agit de la mettre en œuvre, dans la mesure où il est particulièrement délicat de faire ressortir une notion, par opposition à une autre notion, qui elle-même ne fait pas l'objet d'une véritable identification. En effet, l'élément constitutif est défini de façon pléonastique, comme un « *élément qui compose l'infraction* »⁵⁸⁵. Un élément constitutif est donc une composante nécessaire à la formation de l'infraction. Sa présence est indispensable pour l'infraction, et son absence est un obstacle à l'infraction. Mais n'est-ce pas également le cas de la condition préalable ? Dès lors, entre deux composantes requises pour la caractérisation d'une infraction, comment distinguer celle qui incarne la condition préalable, de celle qui relève des éléments constitutifs ?

En réalité, la différenciation entre la condition préalable et les éléments constitutifs passe moins par les notions théoriques que par les fonctions pratiques dévolues à chaque concept. Les effets d'une composante au regard de la répression sont les meilleurs indicateurs de sa qualification, soit de condition préalable, soit d'élément constitutif. Si la composante est indifférente dans la mise en œuvre des poursuites, il s'agit d'une condition préalable. Si la composante sert de référence dans la mise en œuvre des poursuites, il s'agit d'un élément constitutif. En d'autres termes, selon qu'une composante est prise en compte en matière de prescription, de localisation dans le temps, ou de localisation dans l'espace, cette dernière appartient à la catégorie des conditions préalables ou des éléments constitutifs. Cependant, une telle dichotomie se trouve considérablement affaiblie par l'admission de la condition préalable au titre des éléments constitutifs d'une infraction, puisque dans un domaine de la répression, la condition préalable se voit dotée du même pouvoir qu'un élément constitutif. Un tel rapprochement de fonction affaiblit considérablement la séparation entre les notions de condition préalable et d'élément constitutif, dans la mesure où, en matière de localisation, la condition préalable est assimilée à un élément constitutif. Dès lors que la condition préalable n'est plus totalement opposée, mais partiellement assimilée à un élément constitutif, donc à une composante de la consommation d'une infraction, se

cette opposition que la condition préalable se comprend, dans son appréhension négative que la notion révèle ses caractéristiques. [...] Tenter une définition de la condition préalable ne pourra [...] se déduire que d'une mise en opposition des notions de condition préalable et d'élément constitutif ».

⁵⁸⁵. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, v^o Élément constitutif.

pose nécessairement la question de la place de la condition préalable au regard de l'infraction, et plus exactement des contours de cette dernière.

B – Le bouleversement des contours de l'infraction punissable

255.- Affirmer que l'admission de la condition préalable au titre des critères de localisation d'une infraction vient bouleverser les contours de l'infraction, suppose que les décisions rendues en matière de localisation modifient le nombre de composantes d'une infraction, en déplaçant l'une d'entre elles. Le déplacement peut consister en un retrait ou en un ajout, auquel cas la localisation fait perdre ou gagner une composante à l'infraction. De toute évidence, la prise en compte de la condition préalable comme critère de rattachement territorial de l'infraction s'analyse comme un ajout. Sous l'effet de la localisation, la condition préalable change de statut vis-à-vis de l'infraction, passant de l'extranéité (1) à l'intégration (2).

1 – Un recouvrement à l'extérieur

256.- Dès lors que la condition préalable se définit par opposition aux éléments constitutifs, cette dernière se positionne à l'extérieur de l'infraction. Une telle certitude procède d'un syllogisme implacable. Les éléments constitutifs sont internes à l'infraction⁵⁸⁶. Or, la condition préalable n'est pas un élément constitutif. Par conséquent, la condition préalable est externe à l'infraction. Certains auteurs⁵⁸⁷ dénoncent l'emploi du qualificatif « extérieure », dans la mesure où la condition préalable figure à l'intérieur du texte d'incrimination. D'autres auteurs⁵⁸⁸ préfèrent le recours à l'adjectif « étrangère » à celui d'« extérieure »⁵⁸⁹, au motif que le premier vocable traduit mieux l'opposition qui sépare la condition préalable des éléments constitutifs⁵⁹⁰. A ces quelques exceptions ou nuances près, l'ensemble des auteurs

⁵⁸⁶. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 239.

⁵⁸⁷. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 302.

⁵⁸⁸. LUCAS DE LEYSSAC, *Décisions de justice civile et répression pénale*, Thèse Paris, 1975, p. 310.

⁵⁸⁹. A s'en référer au dictionnaire, l'extranéité désigne le « caractère de ce qui est étranger », c'est-à-dire de « ce qui ne fait pas partie de », et l'extériorité désigne le « caractère de ce qui est extérieur », c'est-à-dire de « ce qui n'est pas à l'intérieur de ». La nuance est donc particulièrement subtile.

⁵⁹⁰. Selon l'auteur, l'opposition entre la condition préalable et les éléments constitutifs se reflète dans l'extranéité, et non dans l'extériorité, car la condition préalable est invariablement étrangère à l'infraction, mais ne lui est pas nécessairement extérieure, en ce que la condition préalable n'est pas

partisans du concept de condition préalable s'accordent sur son caractère extérieur⁵⁹¹, déduisant notamment l'extériorité de l'antériorité : si la condition préalable intervient avant l'infraction, c'est qu'elle ne se situe pas dans l'infraction.

257.- Toutefois, il semblerait qu'il faille distinguer extériorité et extériorité. Parce qu'elle n'est pas comparable aux éléments constitutifs, la condition préalable se place hors l'infraction. Mais parce qu'elle est indispensable aux éléments constitutifs, la condition préalable se trouve dans l'infraction. Ces deux postulats trouvent leur articulation dans la conception double que peut revêtir l'infraction. Dans un sens étroit, l'infraction correspond aux éléments constitutifs, aux composantes contribuant à sa réalisation, à savoir l'élément matériel et l'élément moral. La condition préalable se trouve automatiquement exclue d'une telle conception de l'infraction, puisque par définition la condition préalable n'est pas un élément constitutif. Dans un sens plus large, l'infraction correspond à une entité générale, qui englobe deux types de composantes, les composantes constitutives, qui contribuent à sa réalisation, mais aussi des composantes « *figuratives* »⁵⁹², qui sans participer à la réalisation, permettent cette dernière en en fournissant le contexte. La condition préalable trouve sa place dans cette dernière conception de l'infraction, pour renvoyer à la seconde catégorie de composantes. Pour résumer, la condition préalable se situe à l'extérieur de la consommation de l'infraction, mais à l'intérieur de la structure de l'infraction. En d'autres termes, la condition préalable n'est pas un élément constitutif de l'infraction, mais est néanmoins une composante de cette dernière. Bien que distincts, la condition préalable et les éléments constitutifs font donc partie d'un même tout⁵⁹³, l'infraction.

Considérer la condition préalable comme externe aux éléments constitutifs, mais interne à l'infraction, revient donc à adopter une conception large de l'infraction, et plus

toujours nettement détachée des éléments constitutifs. En effet, la condition préalable incarne la situation que la loi pénale interdit de troubler. Par hypothèse, l'infraction vient troubler cette situation, dans la mesure où elle y porte atteinte. Et il arrive parfois qu'en portant atteinte à la condition préalable, l'infraction s'y introduise. Par exemple, dans l'abus de confiance, la remise de la chose, qui en est une condition préalable, se distingue du détournement, qui en est un élément constitutif. Pourtant, lors de la commission de l'infraction, la condition préalable s'incorpore au délit, puisque la remise de la chose est l'objet du détournement.

⁵⁹¹. FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006, p.31.

⁵⁹². MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 194, n° 186.

⁵⁹³. Sur ce point : FOURNET, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006, p. 1.

exactement une conception large de la structure de l'infraction, fondée sur la relation de dépendance entre la condition préalable et les éléments constitutifs. La condition préalable incarnant un préalable obligatoire aux éléments constitutifs qui réalisent l'infraction, l'infraction est subordonnée à la condition préalable, si bien que la condition préalable n'est pas simplement collée à l'infraction, mais véritablement comprise dans celle-ci. Cependant, une situation de dépendance n'engendre pas nécessairement une relation d'appartenance. Certes, la condition préalable subordonne l'existence de l'infraction, mais elle n'en façonne pas pour autant la consistance. La condition préalable n'a pas sa place dans la structure de l'infraction, quand bien même cette place serait figurative. L'idée ne viendrait pas à l'esprit de considérer que la structure d'une maison englobe, non seulement les murs et la charpente, mais également le terrain, en l'absence duquel l'édification de toute construction est pourtant impensable. Alors, pourquoi considérer que la structure de l'infraction recouvre, non seulement l'élément matériel et l'élément moral, mais également la condition préalable, en l'absence de laquelle la manifestation des éléments constitutifs est tout autant impossible ? Certes, la condition préalable joue un rôle indispensable au regard de l'infraction, mais un rôle conjoncturel, et non structurel. En l'absence de la condition préalable, l'infraction ne peut pas exister, faute du contexte nécessaire. Mais en présence de la condition préalable, l'infraction n'existe pas forcément, faute d'actes délictueux postérieurs. Par exemple, il ne peut y avoir de détournement sans remise, mais il peut y avoir une remise sans détournement. Or, la structure d'une chose semble naturellement se restreindre aux composantes participant effectivement de sa consistance, et non s'étendre aux circonstances permettant éventuellement sa survenance. Par conséquent, la structure de l'infraction devrait se limiter à ce à quoi elle renvoie intuitivement, à savoir aux éléments constitutifs, donc à la consommation. Dès lors, étrangère aux éléments constitutifs, la condition préalable est extérieure à l'infraction, sans distinction de sa consommation ou de sa structure.

Dissociée de l'infraction, pour représenter une circonstance externe, et non une composante interne, la condition préalable se situe bien en dehors de l'infraction. Par conséquent, lorsqu'elle fait office de rattachement territorial, le critère de localisation est puisé à l'extérieur de l'infraction. A l'instar des actes préparatoires, la condition préalable érigée en critère de localisation renvoie à l'hypothèse dans laquelle la jurisprudence s'affranchit des frontières de l'infraction, en recrutant le rattachement territorial en amont de celle-ci. Cependant, à l'inverse des actes préparatoires, l'artifice

mis en œuvre à travers la condition préalable n'est pas neutre en termes de consommation. En admettant la condition préalable au titre des critères de localisation d'une infraction, la jurisprudence ne contente pas d'en dépasser les contours, mais va jusqu'à les déplacer.

2 – *Le rattachement par l'intérieur*

258.- Les développements qui précèdent ont insisté sur le fait que la prise en compte de la condition préalable comme critère de localisation n'est pas le signe de la disparition du concept, mais de la manipulation de ce dernier. L'admission de la condition préalable parmi les critères de localisation doit s'analyser comme un rapprochement ponctuel entre la condition préalable et les éléments constitutifs pour les besoins de la localisation, et non comme un renoncement général à la condition préalable au profit des éléments constitutifs. Toute infraction requiert bien deux types de composantes pour être caractérisée, des conditions préalables au titre de son apparition, et des éléments constitutifs au titre de sa réalisation, quand bien même chacune disposerait d'un pouvoir attractif équivalent.

259.- Si la prise en compte en elle-même n'équivaut pas à une suppression de la condition préalable, en revanche la justification de cette prise en compte instaure une confusion avec les éléments constitutifs. En effet, comme souvent lorsqu'elle recrute le critère de localisation dans une composante discutable, la jurisprudence motive son choix par la nature complexe de l'infraction, afin de maquiller sa solution opportuniste par un argument juridique. Ainsi, la complexité est abusivement sollicitée pour fixer le critère de localisation dans le comportement d'une infraction matérielle dont le résultat s'est produit à l'étranger⁵⁹⁴, dans l'acte d'exécution d'une infraction simple dont le seul acte est accompli à l'étranger⁵⁹⁵, ou encore dans la condition préalable d'une infraction dont tous les éléments constitutifs sont commis à l'étranger. L'artifice est notable dans cette dernière hypothèse, la jurisprudence écartant ou recourant expressément à la nature complexe de l'infraction selon qu'elle rejette ou qu'elle retient la condition préalable comme critère de localisation. Par exemple, un arrêt a refusé de localiser la non-

⁵⁹⁴. *Supra*, n° 36.

⁵⁹⁵. *Supra*, n° 105.

représentation d'enfant à partir de la décision de justice, condition préalable de l'infraction, au motif que le délit « *par sa nature n'est pas complexe* »⁵⁹⁶. En revanche, d'autres arrêts ont accepté de localiser l'émission de chèque sans provision à partir de l'absence de provision, condition préalable de l'infraction, « *étant donné la nature complexe du délit* »⁵⁹⁷. La confusion semée par la jurisprudence a gagné la doctrine. Des auteurs, bien qu'adhérant au concept de condition préalable, analysent la prise en compte de la condition préalable au titre des critères de localisation, comme la marque d'une infraction complexe. Ainsi, sous la plume de quelques uns, l'émission de chèque sans provision⁵⁹⁸ et l'abus de confiance⁵⁹⁹ sont passés du statut d'infraction simple à celui de délit complexe.

En ne se contentant pas d'octroyer à la condition préalable un pouvoir attractif identique à celui d'un élément constitutif, mais en allant jusqu'à conférer à l'infraction localisée par sa condition préalable le qualificatif de complexe, la jurisprudence transforme la matérialité de l'infraction. A travers une telle dénomination, la condition préalable n'est plus simplement cantonnée au contexte permettant la réalisation de l'infraction, mais véritablement associée à un acte du comportement⁶⁰⁰ participant de cette réalisation. Paradoxalement, alors que la notion de complexité devrait permettre de distinguer, parmi les composantes nécessaires à la caractérisation d'une infraction, entre celles qui en forment le contenu, les éléments constitutifs, et celles qui en fournissent le domaine, les conditions préalable⁶⁰¹, c'est celle là même qui vient brouiller la frontière entre la condition préalable et les éléments constitutifs.

Conclusion

260.- La quête du rattachement territorial, poussée toujours plus loin, révèle une fois encore ses effets pervers à propos de la condition préalable. Le constat est flagrant, la jurisprudence constatant le concept, puis bafouant ce dernier pour les besoins de la localisation, ralliant la condition préalable aux critères de localisation, déjà nombreux,

⁵⁹⁶. Crim., 16 juill. 1969, n° 69-90.363, *Bull. crim.* n° 228, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 253.

⁵⁹⁷. Crim., 29 juill. 1932, *Bull. crim.* n° 195, *JDI* 1933, p. 636 ; Crim., 28 janv. 1960, *Bull. crim.*, n° 55, *D.* 1960, p. 315, *Gaz. Pal.* 1960, 1, p. 214, *Rev. sc. crim.* 1961, p. 340, Légal.

⁵⁹⁸. FOURNIER, *Rép. Dalloz Droit international*, v° Compétence internationale, n° 125.

⁵⁹⁹. LEGAL, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 171, ss. Crim., 22 avr. 1966 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, p. 347, n° 372 ; VERON, *Dr. pén.* 2002, comm. 132, ss. Paris, 30 mai 2002.

⁶⁰⁰. Nécessairement le premier acte, dans la mesure où la condition préalable est obligatoirement antérieure aux éléments constitutifs.

de l'infraction. Normalement indifférente dans la mise en œuvre des poursuites, la condition préalable érigée en critère de localisation renferme ponctuellement une fonction répressive.

261.- La manipulation de la condition préalable ne se limite pas seulement à son admission au titre des critères de localisation, pour s'étendre également au stade de sa caractérisation. Lorsque la condition préalable est réalisée en France, la jurisprudence s'en sert comme critère de localisation afin de ramener l'infraction sur le territoire de la République. Mais lorsque la condition préalable n'est pas remplie du tout, la jurisprudence passe outre, pour ne pas empêcher la formation de l'infraction, et ainsi permettre la localisation de cette dernière en France⁶⁰². La jurisprudence s'émancipe d'une condition préalable gênante de deux façons, soit en la modifiant, soit en la supprimant.

Un exemple de modification de la condition préalable peut être puisé dans un arrêt du 29 janvier 2003⁶⁰³, relatif à l'abandon de famille (*C. pén.*, art. 227-3). En l'espèce, le débiteur d'une pension alimentaire se soustrait à son obligation de paiement. La décision ordonnant la pension alimentaire est rendue en Allemagne, mais l'obligation doit être exécutée en France. De prime abord, la compétence des juridictions françaises du chef d'abandon de famille semble donc incontestable, l'élément matériel étant accompli en France, peu importe que la condition préalable le soit à l'étranger. Mais en réalité, la condition préalable n'est pas réalisée à l'étranger, elle n'est pas réalisée du tout. En effet, selon l'article 227-3 du Code pénal, la condition préalable de l'abandon de famille doit consister, soit en une décision judiciaire, soit en une convention judiciairement homologuée. Or, dans l'arrêt en cause, la décision ne consiste, ni en l'une, ni en l'autre, mais simplement en un acte notarié revêtu de l'exequatur. L'acte dispose certes de la force exécutoire requise, mais pas l'origine judiciaire nécessaire. Par conséquent, faute pour la condition préalable d'être remplie, aucune infraction ne peut

⁶⁰¹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 194, n° 186.

⁶⁰². Lorsque la condition préalable n'est pas réalisée, il ne s'agit pas d'un problème d'application de la loi pénale dans l'espace, mais d'applicabilité de la loi pénale, abstraction faite de toute considération géographique. L'application de la loi pénale dans l'espace suppose de déterminer si la loi française est applicable à une infraction comportant un élément d'extranéité. Mais l'applicabilité de la loi pénale impose de vérifier, en amont, si la loi française s'applique tout court. Deux hypothèses renvoient à l'inapplicabilité de la loi pénale, l'absence de texte d'incrimination, et le défaut d'une condition prévue par le texte d'incrimination. La condition préalable non réalisée correspond à ce dernier cas.

être formée, et encore moins rattachée au territoire de la République. Ne perdant pas une occasion de retenir sa compétence, la Cour de cassation est intervenue sur la caractérisation de la condition préalable, considérant qu'un acte notarié revêtu de l'exequatur équivaut à une convention homologuée. L'abandon de famille peut donc être localisé en France, mais voit surtout son domaine d'application élargi par la jurisprudence, alors que le législateur, à travers « *l'exigence d'un titre exécutoire d'origine judiciaire, a voulu limiter le champ de la répression à l'inexécution d'une obligation dont le bien fondé a été vérifié par un juge* »⁶⁰⁴. Mais l'interprétation de la condition préalable n'est pas toujours extensive, elle peut parfois être extinctive.

Un exemple de suppression de la condition préalable peut quant à lui être tiré de deux arrêts rendus les 3 novembre 1992⁶⁰⁵ et 26 octobre 1995⁶⁰⁶, relatifs au délit d'initié (*C. mon. fin.*, art. L. 465-1). Les deux décisions portent sur la tristement célèbre affaire Péchiney-Triangle. En l'espèce, un ordre boursier est passé depuis la France, et exécuté aux Etats-Unis. L'une des composantes du délit d'initié étant réalisée en France, l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République. Cependant, ici encore, la question de la localisation du délit d'initié n'aurait même pas due se poser, faute pour la condition préalable de l'infraction d'être remplie. A l'époque des faits, le délit d'initié doit se commettre sur un marché, marché géographiquement circonscrit au sol national, pour correspondre à sept bourses (Paris, Bordeaux, Lyon, Marseille, Lille, Nancy et Nantes), puis à une seule, Paris, à partir de 1991⁶⁰⁷. Or, dans l'arrêt en cause, l'opération boursière portant sur des actions cotées à la bourse de New York, et non à celle de Paris, la condition préalable fait défaut. La Cour de cassation coupe court au débat une nouvelle fois, considérant « *qu'il n'importe que l'opération ait été réalisée sur une place étrangère* ». Le délit d'initié peut donc être localisé en France, mais voit surtout son domaine d'application élargi par la jurisprudence, alors que le législateur, à travers l'exigence d'un marché, avait initialement voulu limiter le champ de la

⁶⁰³. Crim., 29 janv. 2003, n° 01-88.881, inédit, *D.* 2004, p. 307, Mirabail.

⁶⁰⁴. MIRABAIL, *D.* 2004, p. 307, ss. Crim., 29 janv. 2003.

⁶⁰⁵. Crim., 3 nov. 1992, n° 92-84.745, *Bull. crim.* n° 352, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 152, Jeantin, *D.* 1993, p. 120, Ducouloux-Favard, *Dr. pén.* 1993, comm. 87, Robert, *Dr. sociétés* 1993, comm. 82, Hovasse, *JCP E* 1993, I, 3652, Viandier et Caussain, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 787, Giudicelli-Delage, *Rev. sociétés* 1993, p. 436, Jeandidier, *RTD com.* 1993, p. 534, Reinhard.

⁶⁰⁶. Crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Bouloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Bouloc.

protection à l'ordre boursier français⁶⁰⁸. Cette fois, l'interprétation de la condition préalable ne se réduit pas à une modification, mais confine à la suppression de celle-ci, puisqu'elle revient à faire disparaître toute exigence de lieu⁶⁰⁹.

Ces deux illustrations sont particulièrement représentatives de l'attitude de la jurisprudence relative à la localisation, à l'égard de la condition préalable : exploiter la condition préalable avantageuse, et évincer la condition préalable dérangeante.

⁶⁰⁷. Les six autres bourses devenant de simples places.

⁶⁰⁸. Lors de la création de l'incrimination par l'ordonnance du 28 septembre 1967 (Ord., n° 67-833, 28 sept. 1967, *JO* 29 sept.), il n'était pas encore question de mondialisation ni de bourse en ligne.

⁶⁰⁹. Suppression entérinée par une loi du 2 juillet 1996 (L. n° 96-597, 2 juill. 1996, *JO* 4 juill.), qui retire toute référence au marché dans le texte d'incrimination.

TITRE II – LE DEBORDEMENT PAR PROLONGATION

262.- Lorsque le critère de localisation ne peut pas être puisé à l'intérieur de l'élément matériel, et qu'il faut rechercher celui-ci à l'extérieur de la matérialité, la seconde possibilité consiste à examiner ce qui s'est produit, non plus avant, mais après l'infraction. Lorsqu'une infraction apparaît, cette dernière trouble, ne serait-ce qu'en le modifiant, l'environnement dans lequel elle s'est réalisée, si bien que toute infraction engendre nécessairement des suites. Dans l'hypothèse où ce qui compose l'élément matériel se produit à l'étranger, mais que ce qui succède à ce dernier est accompli en France, le rattachement territorial réside dans l'une de ces conséquences. Les effets de l'infraction incarnent une référence constante de la localisation (Chapitre I), mais renferment des résonances néfastes sur la consommation (Chapitre II).

Chapitre I – La référence constante de la localisation

263.- Aussi loin que remontent les décisions relatives à la localisation des infractions comportant un élément d'extranéité, les effets de ces dernières se voient conférer un pouvoir d'attraction sur le sol national. Dès lors que les effets d'une infraction sont réalisés en France, celle-ci est réputée commise sur le territoire de la République. Cependant, affirmer que les effets peuvent servir de critère (Section II), suppose au préalable d'avoir ciblé le concept d'effets (Section I).

Section I – L'identification du concept

264.- Les effets de l'infraction font partie des notions peu étudiées du droit pénal. Jamais évoqués dans les manuels généraux, rarement objet de monographies spéciales⁶¹⁰, le délaissement des effets de l'infraction s'explique par les deux propriétés inhérentes à ces derniers, la postériorité et l'extériorité⁶¹¹.

D'une part, l'étude des effets de l'infraction semble impossible en raison de leur caractère postérieur. Dans le langage courant, un effet désigne la ou les retombées d'un fait ou d'une action⁶¹². L'effet d'une infraction représente donc le fruit, la suite de cette dernière, plus exactement, l'effet d'une infraction correspondent à ce qui se produit après l'infraction. Là réside toute la difficulté dans l'appréhension de la notion, car ce qui est postérieur est infini. Un événement, quel qu'il soit, et une infraction n'y fait pas exception, ne provoque jamais un impact isolé, mais engendre toujours des répercussions multiples⁶¹³. Ainsi, les effets de l'infraction apparaissent comme une donnée indénombrable, et donc comme une notion non indentifiable. Une telle impression transparait nettement sous la plume de Marion WAGNER, lorsqu'elle expose les difficultés liées à l'étude des effets de l'infraction : « *Une infinité de réalités se produit par essence après une infraction [...]. Par exemple, quand un meurtre est*

⁶¹⁰. Pour une contribution d'ensemble : WAGNER, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009.

⁶¹¹. WAGNER, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009, p. 17, n° 3.

⁶¹². Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Effet.

⁶¹³. A ce titre, il est constamment fait état des effets de l'infraction au pluriel, et non de l'effet d'une infraction au singulier.

commis à une heure donnée et en un lieu donné, une multitude d'événements se produisent dès la seconde suivante, et en des endroits [divers] : un autre meurtre, une autre infraction, ou tout autre phénomène quel qu'en soit la nature. La liste est infinie. Toute réalité survenant postérieurement à l'infraction servant de référent peut être qualifiée de suite, même si [la seconde est sans rapport avec la première]. L'entreprise consistant à compter toutes les suites entendues dans un sens seulement chronologique est impossible. Il est vain de s'intéresser à tout ce qui peut [succéder à] une infraction »⁶¹⁴.

D'autre part, l'étude des effets de l'infraction semble inutile en raison de leur caractère extérieur. La postériorité des effets par rapport à l'infraction implique automatiquement l'extériorité de ces derniers, dans la mesure où ce qui intervient après l'infraction ne peut logiquement pas se situer dedans, mais nécessairement dehors. Les effets de l'infraction ne font pas partie intégrante de celle-ci, mais en forment la résultante. Contrairement aux circonstances extérieures mais antérieures à l'infraction, ces événements extérieurs et postérieurs à l'infraction sont sans incidence sur cette dernière. Certains actes d'exécution aboutissent à la qualification d'infraction tentée⁶¹⁵, la condition préalable subordonne l'apparition d'une infraction, qu'elle soit consommée ou tentée, mais les effets ne contribuent pas à la caractérisation de l'infraction, c'est-à-dire ne figurent ni dans ses conditions d'apparition, ni dans ses conditions de consommation⁶¹⁶. La fonction réduite des effets de l'infraction à l'égard de celle-ci, relègue ces derniers à un rang subalterne. En d'autres termes, faute pour les effets d'appartenir à la substance de l'infraction, la connaissance des effets ne figure pas au centre des préoccupations.

265.- Impossibles à discerner de par leur grand nombre, inutiles à observer de par leur faible rôle, rien n'incite à s'intéresser aux effets de l'infraction. Pourtant, chaque notion qui touche à l'infraction gagne à être analysée précisément, afin d'appréhender parfaitement le concept d'infraction lui-même. Et pour cause, la compréhension de la

⁶¹⁴. WAGNER, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009, p. 18, n° 6. C'est la raison pour laquelle l'auteur propose deux critères permettant d'identifier les effets d'une infraction : la légalité et la causalité. Selon une telle approche, les effets de l'infraction correspondent aux suites qui, non seulement sont intégrées dans le texte d'incrimination, mais également entretiennent un lien de causalité avec l'infraction.

⁶¹⁵. Sous réserve de remplir les conditions de l'article 121-5 du Code pénal, que sont le commencement d'exécution et l'absence de désistement volontaire.

⁶¹⁶. Même si un tel principe connaît malheureusement certaines exceptions : *infra*, n° 22.

pierre angulaire du droit pénal qu'est l'infraction passe évidemment par la connaissance des éléments qui la composent, à savoir les éléments constitutifs, mais tout autant par la maîtrise des éléments qui ne la composent pas, et notamment les effets. Car une infraction se définit, non seulement par son contenu, mais également par ses contours. A ce titre, la délimitation des effets de l'infraction permet de démarquer ces derniers d'un concept voisin, le résultat. Les deux notions, souvent confondues (§ I), doivent être distinguées (§ II).

I – La confusion usuelle

266.- La confusion entre deux notions trouve fréquemment son explication dans une synonymie lexicale, qui fait obstacle à toute séparation conceptuelle. Les effets et le résultat ne font pas exception à la règle, leur correspondance linguistique (A) engendrant des interférences juridiques (B).

A – La correspondance linguistique

267.- La langue française est réputée pour sa finesse, néanmoins cette dernière n'instaure pas la moindre nuance entre les effets et le résultat. La comparaison des définitions de chacun des termes est éloquente, la première incarnant la réplique, au mot près, de la seconde. Selon le dictionnaire courant, un effet renvoie à « *ce qui est produit par une cause* »⁶¹⁷, et le résultat, nom dérivé du verbe résulter, qui signifie « *être produit par une cause* »⁶¹⁸. Chaque terme est même défini au moyen de l'autre, l'effet par le résultat, et le résultat par l'effet. Et les deux termes sont associés aux mêmes substantifs : aboutissement, conséquence, fruit, impact, incidence, issue, produit, répercussion, résultante, suite... Les effets et le résultat s'inscrivent donc dans une relation de causalité⁶¹⁹, où l'un comme l'autre correspond au second élément, celui qui découle du premier. Les effets et le résultat incarnent tous deux la conséquence de quelque chose, c'est-à-dire ce qui est provoqué par un événement précis. Ce point

⁶¹⁷. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Effet.

⁶¹⁸. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, v° Résultat ; Résulter.

⁶¹⁹. D'ailleurs, une relation de causalité se définit aussi comme un lien de cause à effet, ce qui ramène bien le résultat au rang d'effet, dès lors que le résultat s'inscrit dans un rapport de conséquence avec une autre composante.

commun, qui explique l'assimilation des deux expressions sur le plan terminologique, se traduit par la confusion entre les deux notions dans la sphère juridique.

B – Les interférences juridiques

268.- Le droit n'est ni plus ni moins qu'une grande opération de classification théorique des situations factuelles. Les notions que celui-ci véhicule renvoient donc, le plus souvent, à des données connues, de sorte que définition juridique et définition usuelle se rejoignent. En d'autres termes, le sens étymologique d'un mot permet d'éclairer la substance du concept juridique qui en reprend l'intitulé. Cependant, le langage courant ne s'avère d'aucun secours lorsque deux notions juridiques différentes reçoivent une définition usuelle identique, comme c'est le cas pour les effets et le résultat. Au contraire, dans une telle hypothèse, le langage courant se révèle être une entrave à la nuance juridique, la tentation étant forte d'assimiler synonymie terminologique et identité juridique, et d'employer indifféremment l'une comme l'autre des expressions pour désigner l'une ou l'autre des notions. Les concepts d'effets et de résultat tels qu'ils sont entendus en droit pénal n'échappent pas au piège, les effets étant régulièrement désignés par le résultat, et le résultat pareillement échangé pour les effets. L'utilisation alternative d'un terme plutôt qu'un autre peut recevoir deux significations, la première est juridique, la seconde est stylistique. Soit que l'auteur de l'intervention ne reconnaît pas la distinction entre les effets et le résultat⁶²⁰, soit que ce dernier reconnaît une telle distinction, mais n'hésite pas pour autant à passer d'un terme à l'autre afin d'éviter une répétition au sein d'une même phrase⁶²¹. Que la raison relève du fond ou de la forme, l'utilisation indifférenciée des expressions d'effets et de résultat constitue un obstacle à la démarcation entre ces deux notions de droit pénal. Trois exemples illustrent la confusion juridique qui règne entre les deux concepts, les théories du résultat (1), la théorie de la tentative (2), et les théories de la localisation (3).

⁶²⁰. Par exemple, c'est le cas des Professeurs Robert MERLE et André VITU, lorsqu'ils écrivent que « *le dommage* (donc le résultat : *supra*, n° 19) *se confond avec ce que l'ancien Code pénal appelait quelquefois les suites ou les effets de l'infraction* » : MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, t. I – *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 652, n° 518.

⁶²¹. Par exemple, c'est le cas du Professeur Robert BERNARDINI, lorsqu'il écrit que « [...] *si toutes les infractions supposent un ou plusieurs actes d'exécution, toutes n'impliquent pas que ces actes aient produit un résultat dommageable. Les textes pénaux incriminent donc, soit de simples actions ou omissions et l'infraction serait dite formelle, soit l'effet d'une action ou d'une omission et l'infraction serait dite matérielle* » : BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 317, n° 343.

I – Les théories du résultat

269.- Les développements qui précèdent ont invariablement défini le résultat comme la conséquence du comportement, incarnant avec ce dernier une composante de l'élément matériel de certaines infractions, les infractions dites matérielles. Loin d'être erronée, une telle présentation est néanmoins incomplète, dans la mesure où elle ne reflète pas l'intégralité des conceptions dont le résultat fait l'objet auprès de la doctrine. En effet, le droit pénal ne renferme pas une conception du résultat, mais recèle plusieurs théories du résultat.

Sans prétendre procéder à une énumération exhaustive de tous les résultats avancés par les auteurs, il est néanmoins possible d'en proposer un éventail non négligeable. Ainsi, coexistent le « *résultat individuel* », le « *résultat juridique* », le « *résultat légal* », le « *résultat matériel* », le « *résultat naturel* », le « *résultat pénal* », le « *résultat redouté* », le « *résultat réel* », le « *résultat social* », et le « *résultat sociologique* ». Il est presque impossible, et surtout inutile pour l'objet de la présente étude, de s'aventurer à retracer chaque théorie⁶²², dans la mesure où selon les auteurs, le nombre de résultats varie, un résultat peut recevoir une signification identique mais deux dénominations différentes, et inversement un résultat peut recouvrir un sens unique mais deux noms distincts. Toutefois, le recensement puis le recoupement de l'ensemble de ces résultats permet de faire ressortir trois résultats récurrents, qui gravitent autour de l'infraction, et s'articulent de la façon suivante : deux résultats apparaissent obligatoirement avant et après la consommation de l'infraction, et un résultat intervient facultativement au stade de la consommation de celle-ci. Ainsi, avant la consommation, toute infraction suppose un résultat redouté, qui consiste en l'atteinte⁶²³ que le législateur ne veut pas voir survenir, raison pour laquelle ce dernier érige en

⁶²². Pour un aperçu des principales théories : CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., 2004, p. 180, n° 313 ; DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 171 ; DREYER, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2014, p. 420, n° 661 ; MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal : essai d'une théorie générale*, Thèse Lyon, 1976, p. 274, n° 358 ; SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990, p. 16, n° 19 ; SPITERI, « L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.* 1966, p. 511.

⁶²³. Atteinte à la vie, atteinte à l'intégrité physique, atteinte à l'intégrité morale, atteinte à l'intégrité sexuelle, atteinte à la propriété...

incrimination tous les comportements susceptibles d'y aboutir⁶²⁴. De même, après la consommation, toutes les infractions emportent un résultat matériel, qui englobe toutes les « *modifications du monde extérieur* »⁶²⁵ consécutives à la réalisation du comportement incriminé⁶²⁶. En revanche, au stade de la consommation, seules certaines infractions requièrent un résultat constitutif⁶²⁷, qui incarne le complément du comportement incriminé, sans lequel l'infraction n'est pas juridiquement achevée⁶²⁸. Par conséquent, si toute infraction comporte un résultat redouté, condition de son incrimination, et un résultat matériel, conséquence de sa réalisation, toute infraction ne comporte pas un résultat constitutif, composante de sa consommation.

A côté du résultat constitutif « classique », entendu comme la conséquence du comportement exigée au titre de l'élément matériel de certaines infractions, deux autres résultats se dégagent, le résultat redouté, et le résultat matériel. Toutefois, cette trilogie devrait se réduire à une dualité entre le résultat constitutif et le résultat redouté, le résultat matériel n'étant pas un résultat mais un effet. Le résultat matériel est défini comme la modification du monde extérieur, et plus exactement comme tous les changements possibles et imaginables à même de se produire à la suite du comportement incriminé. Au-delà du fait qu'il est parfois très difficile, voire impossible de séparer une action de son impact concret, en raison de la très courte durée qui les sépare⁶²⁹, dans l'hypothèse où la séparation entre le comportement incriminé et la modification du monde extérieur peut clairement être établie, la seconde n'est autre que la conséquence du premier, donc un effet. Car toute suite de l'infraction, dès lors qu'elle n'est pas érigée en condition de cette dernière par le texte d'incrimination, n'est ni plus ni moins

⁶²⁴. Par exemple, afin d'empêcher l'atteinte à la vie d'autrui, le législateur interdit les coups mortels, à travers l'infraction de meurtre (*C. pén.*, art. 221-1), ainsi que l'administration de substances mortifères, à travers l'infraction d'empoisonnement (*C. pén.*, art. 221-5).

⁶²⁵. BERNARDINI, *De l'intention coupable en droit pénal*, Thèse Nice, 1976, p. 25, n° 7 ; CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 181, n° 317 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 474 ; GIOVANOVIČHT, *Du principe de causalité efficiente en droit pénal*, Thèse Paris, 1908, p. 18.

⁶²⁶. Pour reprendre l'exemple du meurtre, les coups entraînent notamment, le déplacement de l'arme, l'impact dans le corps d'autrui, et le passage de l'état de vie à celui de mort.

⁶²⁷. Selon certains auteurs, le résultat constitutif n'est autre que la rencontre entre le résultat redouté et le résultat matériel. En d'autres termes, pour conserver l'exemple du meurtre, parmi les modifications du monde extérieur consécutives aux coups (résultat matériel), la mort est érigée en composante de l'infraction (résultat constitutif), car le législateur veut éviter toute atteinte à la vie d'autrui (résultat redouté). Une telle conception du résultat constitutif est appelée la « *définition mixte* » du résultat. Sur ce point : MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, n° 371 ; SALEM, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990, p. 35, n° 55.

⁶²⁸. Il s'agit bien évidemment des infractions matérielles, par opposition aux infractions formelles.

qu'un effet, postérieur et extérieur à l'infraction. En d'autres termes, le résultat matériel n'est ni plus ni moins qu'un effet improprement dénommé, contribuant à la confusion entre les concepts d'effets et de résultat⁶³⁰.

2 – La théorie de la tentative

270.- L'article 121-5 du Code pénal dispose que « *la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ». Si la loi parle exclusivement d'effet, en revanche la doctrine présente aléatoirement l'infraction tentée comme une infraction dépourvue d'effet ou de résultat. Dès lors, la question se pose légitimement de savoir si la tentative est une infraction qui n'est pas suivie d'effet, ou qui n'exige pas de résultat. En réalité, aucune de ces deux formules n'est appropriée, soit parce qu'elle est impossible, soit parce qu'elle est incomplète.

D'une part, affirmer que la tentative est une infraction qui n'est pas suivie d'effet est impossible, car une infraction, qu'elle soit consommée ou tentée, engendre nécessairement au minimum un effet, caractérisé par le trouble à l'ordre social. D'ailleurs, une infraction, quelle que soit sa forme, entraîne généralement plusieurs effets, cette dernière étant à l'origine d'un enchaînement d'événements nombreux et divers, qu'il est justement laborieux d'identifier. Une infraction tentée peut donc éventuellement produire trop d'effets, mais certainement pas ne s'ensuivre d'aucun effet.

D'autre part, alléguer que la tentative est une infraction qui n'exige pas de résultat est incomplet, car englobe la tentative des infractions matérielles, mais délaisse celle des infractions formelles. Une infraction matérielle tentée peut être analysée comme une infraction pouvant se passer d'un résultat, dans la mesure où il s'agit effectivement d'une infraction dont le comportement n'a pas abouti au résultat normalement requis au titre de la consommation. En revanche, une infraction formelle

⁶²⁹. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 181, n° 317.

⁶³⁰. En définitives, la théorie du résultat matériel n'a pas véritablement lieu d'être, et représente plus une source de confusion que de compréhension de la notion de résultat.

tentée ne peut pas être considérée comme une infraction pouvant se passer d'un résultat, puisqu'une infraction formelle achevée est déjà en soit une infraction dispensée de résultat au stade de la consommation. A l'état de tentative, une infraction formelle n'est pas une infraction dont le comportement n'est pas suivi du résultat, mais une infraction dont le comportement n'est pas fini. Si l'infraction formelle est simple, l'acte unique du comportement n'est pas arrivé à son terme, voire n'a pas commencé. Si l'infraction formelle est complexe, le premier acte du comportement n'a pas débouché sur le dernier acte. Même dans ce dernier cas, il ne s'agit pas d'un premier acte qui n'a pas atteint son résultat, dans la mesure où les actes du comportement d'une infraction complexe ne sont pas unis par un lien de causalité qui permettrait de considérer que le dernier acte est la conséquence – donc le résultat – du premier acte, mais se situent dans un rapport de connexité, en vertu duquel l'ordre des actes est indifférent⁶³¹.

Enfin, la tentative n'est autre qu'une infraction qui n'est pas parvenue à l'état de consommation, c'est-à-dire une infraction inachevée. Par conséquent, il serait peut-être préférable de retenir cette seule expression d'infraction inachevée, plutôt que de recourir aux termes d'effet ou de résultat qui, non seulement instaurent une confusion entre les deux notions, mais de surcroît ne correspondent à la réalité d'aucune de ces dernières.

3 – Les théories de la localisation

271.- Avant l'entrée en vigueur de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, devenu l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, la doctrine se prononçait sur les liens de rattachement territorial possibles d'une infraction comportant un élément d'extranéité, et se partageait autour de trois théories, la théorie de l'action⁶³², la théorie

⁶³¹. L'existence d'un lien de causalité ou d'un rapport de connexité entre deux composantes de l'élément matériel permet justement de déterminer la nature matérielle ou complexe d'une infraction. Dans le cas d'un lien de causalité, il s'agit d'un comportement suivi d'un résultat, donc d'une infraction matérielle. Dans le cas d'un rapport de connexité, il s'agit de deux actes d'un même comportement, donc d'une infraction complexe.

⁶³². DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 928, n° 1638 ; KERING-JOULIN, *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction : essai sur le règlement des conflits des lois pénales dans l'espace*, Thèse Strasbourg, 1973 ; LEGAIS, « L'évolution des solutions françaises des conflits de lois en matière pénale », *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 545.

du résultat⁶³³, et la théorie de l'ubiquité⁶³⁴, cette dernière étant l'agrégat des deux précédentes. La théorie du résultat connaissait des variations, non seulement quant à sa dénomination, mais également quant à sa destination. Selon les auteurs, voire chez un même auteur, cette dernière recevait alternativement l'appellation de théorie du résultat ou de théorie des effets, et visait aléatoirement le résultat ou les effets. En d'autres termes, un auteur pouvait recourir à la théorie du résultat pour privilégier les effets comme critère de localisation, et inversement retenir la théorie des effets pour préconiser le résultat à une telle fonction. Ici encore, l'utilisation indifférenciée des effets et du résultat pour désigner le nom et l'objet d'une théorie relative au choix du critère de localisation d'une infraction sème le trouble entre les deux notions, en instaurant la confusion là où s'impose une distinction.

II – La distinction essentielle

272.- En dépit de l'amalgame dont ils font l'objet, les effets et le résultat représentent deux concepts dissociables en droit pénal. Certes, les deux notions se rapprochent, dans la mesure où les effets comme le résultat incarnent la conséquence de quelque chose. Toutefois, elles s'éloignent doublement, non seulement de par leur cause (A), mais également de par leur rôle (B).

⁶³³. BERNARD, *Conflits de souveraineté en matière pénale*, Paris, 1901, p. 23 ; CANONNE, *Essai de droit pénal international : l'affaire du Lotus*, Thèse Toulouse, 1929 ; DELOURME, *Principes généraux du droit international en matière criminelle*, Thorin, 1882, p. 78 et 105 ; JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris 1771, p. 414. *Adde* : CPJI, 7 sept. 1927 (affaire du Lotus), *Rev. crit. DIP* 1928, p. 377, Donnedieu de Vabres, *RID pén.* 1929, p. 325.

⁶³⁴. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 381, n° 561 ; HERZOG, « Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger », *Etudes de droit contemporain, Contribution française au 7^e Congrès international de droit comparé*, Uppsala, 1966, p. 545 ; LANGEMEIJER, « Le principe de territorialité du droit pénal », *Mélanges Van Bemmelen*, Leyde, 1965, p. 17 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 306, n° 251 ; MERCIER, « Le conflit des lois pénales », *Revue de droit pénal et de législation comparée* 1931, p. 439 ; ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Plon, 5^e éd. 1886, p. 433, n° 952 ; ROUX, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^e éd., 1927, p. 130 ; TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 176, n° 114 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1949, p. 1394, n° 904 bis.

A – La différence de cause

273.- Les effets et le résultat ont pour point commun de constituer la conséquence d'un événement, mais la conséquence de deux événements différents, du comportement pour le résultat (1), de l'infraction pour les effets (2).

1 – La cause du résultat : le comportement

274.- Le résultat, cela a déjà été mentionné dans les développements qui précèdent, a pour cause le comportement. C'est d'ailleurs cette relation de causalité qui permet de déterminer si la composante qui suit l'acte du comportement est un résultat ou un second acte. Si la composante qui suit le comportement est reliée à ce dernier par un lien de causalité, donc trouve sa source dans l'acte du comportement et ne peut que lui succéder, il s'agit d'un résultat. Mais si la composante qui suit le comportement est reliée à ce dernier par un lien de connexité, donc ne trouve pas sa source dans l'acte du comportement et aurait tout à fait pu le précéder, il s'agit d'un autre acte du comportement⁶³⁵.

2 – La cause des effets : l'infraction

275.- Les effets, quant à eux, ont pour cause l'infraction. Certes, dans le cas d'une infraction formelle, dont l'élément matériel se résume à un comportement, les effets sont la conséquence du comportement. Cependant, le comportement ne doit pas simplement être envisagé comme une composante de l'infraction, mais comme l'infraction dans son ensemble. Si dans une telle hypothèse, la démarcation entre les effets et le résultat est peu palpable, dans la mesure où les effets comme le résultat semblent tous deux émaner du comportement, en revanche la séparation est notable en présence d'une infraction à la structure opposée. Dans le cas d'une infraction matérielle, dont l'élément matériel se compose, non seulement d'un comportement, mais également d'un résultat, les effets sont la conséquence du tout formé par le comportement et le résultat. Chronologiquement parlant, les effets succèdent même immédiatement au

⁶³⁵. Sur ce point : *supra*, n° 28.

résultat⁶³⁶. Dans une telle hypothèse, la distinction entre les effets et le résultat est donc flagrante. Puisque les effets peuvent avoir pour cause le résultat inclus dans l'infraction, les effets ne peuvent donc pas se confondre avec le résultat. Les effets et le résultat se démarquent par leur cause, mais aussi par leur rôle vis-à-vis de l'infraction.

B – La divergence de rôle

276.- Parce qu'ils proviennent de causes différentes, les effets et le résultat se positionnent de façon opposée par rapport à l'infraction, l'un à l'extérieur, l'autre à l'intérieur. Le résultat, conséquence du comportement, se trouve dans l'infraction. A l'inverse, les effets, conséquence de l'infraction, se situent nécessairement hors de cette dernière⁶³⁷. Cette différence de place n'est pas sans incidence, et engendre une divergence de rôle au regard de l'infraction. Le résultat est constitutif (1), alors que les effets ne sont que figuratifs (2).

1 – La dimension constitutive du résultat

277.- Partie intégrante de l'infraction⁶³⁸, le résultat détient une fonction déterminante vis-à-vis de cette dernière au regard, non seulement de sa consommation, mais également de sa répression.

Le résultat est avant tout une condition de la consommation de l'infraction. En l'absence de résultat, l'infraction ne peut pas se former, faute pour toutes ses composantes d'être réunies. En quelque sorte, l'existence de l'infraction est subordonnée au résultat. Certes, le résultat ne permet pas à lui seul de constituer l'infraction, mais sans le résultat les autres composantes sont insuffisantes à caractériser celle-ci.

Si le rôle du résultat est primordial au titre de la consommation, il est tout aussi central au stade de la répression. Car le résultat est une composante de l'infraction, ce

⁶³⁶. Par exemple, dans le meurtre (*C. pén.*, art. 221-1), le résultat correspond au passage entre la vie et la mort, qui se produit de façon immédiate, et les effets correspondent à l'état de mort, qui se prolonge de façon infinie.

⁶³⁷. L'extériorité est le corollaire de la postériorité, deux caractères qui forment la substance même des effets : WAGNER, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009, p. 17, n° 3.

⁶³⁸. Infraction par hypothèse matérielle.

qui en fait une condition de sa consommation, mais le résultat présente la particularité d'être la dernière composante de l'infraction, ce qui en fait aussi le point d'ancrage de sa répression. Comme tous les autres éléments de l'infraction, le résultat participe au processus global de la consommation, mais en tant que dernier élément de l'infraction, le résultat indique le moment final de la consommation. Le résultat marque le seuil de la consommation, c'est à compter de son apparition que l'infraction est complètement achevée, et que la répression peut donc intervenir. C'est la raison pour laquelle la mise en œuvre de tous les grands principes du droit pénal s'articule autour du résultat, qui sert de point de départ au délai de prescription, mais aussi de point de repère pour les conflits de lois dans le temps, ou encore de critère de localisation en cas de conflit de lois dans l'espace⁶³⁹. Le rôle doublement prépondérant du résultat à l'égard de l'infraction contraste avec celui totalement insignifiant tenu par les effets.

2 – La propension figurative des effets

278.- Eléments extérieurs à l'infraction, les effets ne détiennent aucune fonction vis-à-vis de cette dernière. Cette neutralité se traduit essentiellement au titre de la consommation, mais également au stade de la répression.

D'une part, les effets ne figurent pas parmi les conditions de la consommation. S'il est vrai qu'une infraction engendre toujours des effets, quand bien même tel ne serait pas le cas, celle-ci n'en serait pas moins formée pour autant. Car l'existence d'une infraction dépend assurément de ses éléments constitutifs, mais certainement pas de ses éléments consécutifs. Cependant, tout principe comporte des exceptions, et il arrive que les effets soient érigés en condition de l'infraction, sans qu'il soit possible pour autant de parler de condition d'apparition, expression réservée à la condition préalable, ou de condition de consommation, locution désignant les éléments constitutifs. C'est le cas lorsque le texte d'incrimination requiert un préjudice de la victime ou d'un tiers, en plus des éléments constitutifs traditionnels que sont l'élément matériel et l'élément moral⁶⁴⁰.

⁶³⁹. Cependant, concernant cet aspect particulier de la répression, le résultat n'incarne malheureusement pas l'unique référence. En effet, lorsque le résultat n'est pas accompli en France, et qu'il ne peut donc pas faire office de rattachement au territoire de la République, le critère de localisation est puisé dans une autre composante de l'infraction, voire un élément hors de l'infraction. Le résultat incarne donc le critère de localisation privilégié de l'infraction matérielle, mais non exclusif pour autant.

⁶⁴⁰. Un tel procédé s'avère doublement pervers, pour être à la fois nuisible et inutile. D'une part, le procédé est nuisible pour la compréhension de l'infraction, dans la mesure où le préjudice est élevé au même rang que les composantes des éléments matériel et moral, ce qui instaure une confusion entre les

Cette exigence supplémentaire se retrouve notamment dans l'escroquerie (*C. pén.*, art. 313-1) et dans l'abus de confiance (*C. pén.*, art. 314-1)⁶⁴¹.

D'autre part, les effets n'interviennent pas dans la répression, sous réserve d'une précision. Il n'est pas rare que les effets exercent une influence sur la fixation de la sanction, que ce soit dans un sens plus ou moins sévère. Ainsi, les effets, ou plus exactement l'absence d'effet, peut faire office de « circonstance atténuante » en vertu de l'article 132-78 du Code pénal⁶⁴², qui prévoit une diminution de peine, notamment lorsque l'auteur d'une infraction « *a permis d'éviter un dommage* » consécutif à celle-ci, le dommage visant ici un effet de l'infraction⁶⁴³. Ce texte à vocation générale connaît des applications spéciales, notamment à travers les articles 312-6-1 du Code pénal et 422-2 du même code, qui réduisent de moitié la privation de liberté encourue par l'auteur d'une extorsion en bande organisée ou d'un acte de terrorisme, lorsque ce dernier a permis d'éviter que l'infraction concernée « *n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente* »⁶⁴⁴. A l'inverse, les effets peuvent tenir lieu de circonstance aggravante. Par exemple, la gravité du préjudice fait varier le quantum de la peine

effets, normalement figuratifs, et les éléments réellement constitutifs. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, lorsque le préjudice figure dans le texte d'incrimination, ce dernier ne doit pas être analysé comme un élément constitutif de l'infraction, mais uniquement comme une condition de celle-ci, terme plus général qui évite l'amalgame. D'autre part, le procédé est inutile pour la constitution de l'infraction, dans la mesure où le préjudice est toujours ou presque caractérisé, et ce pour deux raisons. Premièrement, à quelques exceptions près, une infraction est intrinsèquement préjudiciable, non seulement pour la collectivité dans son ensemble, dans la mesure où l'infraction est une transgression de l'ordre social, mais également pour l'individu en particulier. Deuxièmement, dans les rares hypothèses où le préjudice n'est pas inhérent à la réalisation de l'infraction, la jurisprudence retient une interprétation tellement extensive de ce dernier que la condition est finalement toujours remplie (pour un exemple à propos du préjudice dans l'escroquerie : *supra*, n° 24).

⁶⁴¹. Le faux (*C. pén.*, art. 441-1) n'est pas rangé parmi les infractions subordonnées au préjudice de la victime ou d'un tiers, dans la mesure où l'altération frauduleuse de la vérité ne doit pas causer un préjudice, mais seulement être « de nature à » causer un préjudice, ce qui ne fait donc pas de ce dernier une condition de l'infraction.

⁶⁴². Les deuxième et troisième alinéas de l'article 132-78 du Code pénal disposent respectivement, que « *dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices* », et que « *les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables lorsque la personne a permis soit d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices* ».

⁶⁴³. WAGNER, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009, p. 78, n° 113.

⁶⁴⁴. Le second alinéa de l'article 312-6-1 du Code pénal, et l'unique alinéa de l'article 422-2 du même code, reprennent mot pour mot la même formulation : « *la peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice [d'une extorsion en bande organisée / d'un acte de terrorisme] est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente [...] lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, celle-ci est ramenée à vingt ans de réclusion criminelle* ».

encourue pour une même imprudence qui, selon qu'elle entraîne une incapacité totale de travail supérieure ou inférieure à trois mois, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (*C. pén.*, art. 222-19) ou d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (*C. pén.*, art. 222-20)⁶⁴⁵. De même, l'article 221-2 du Code pénal prévoit que « *le meurtre qui [...] suit un autre crime est puni de la réclusion criminelle à perpétuité* »⁶⁴⁶. Ou encore, l'article 311-4 du Code pénal prescrit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, notamment « *lorsque le vol est [...] suivi d'un acte de destruction, dégradation ou détérioration* »⁶⁴⁷. Cependant, la prise en compte des effets dans la fixation de la sanction n'est pas véritablement significative du rôle de ces derniers en matière de répression. Certes, le quantum de la peine relève de la répression, mais alors tous les éléments quels qu'ils soient, constitutifs ou non, interviennent dans la répression, dans la mesure où les circonstances les plus variées permettent de faire évoluer la sanction. Par exemple, les circonstances aggravantes puisent, non seulement dans les effets de l'infraction, mais également dans les modalités d'action⁶⁴⁸, des considérations de temps⁶⁴⁹ ou de lieu⁶⁵⁰, la qualité de l'auteur⁶⁵¹ ou de la victime⁶⁵², autant de circonstances qui ne sont pas consécutives à l'infraction, mais concomitantes à celle-ci. La neutralité répressive des effets de l'infraction se manifeste avant tout à travers l'indifférence de ces derniers dans la mise en œuvre des grands principes du droit pénal, et à ce titre, la prescription du vol (*C. pén.*, art. 311-1) fournit une illustration significative. L'auteur d'un vol conservant dans bon nombre de situations l'objet du délit, l'infraction procure à celui-ci bien plus d'avantages à travers les effets continus qui prolongent l'infraction, que par la soustraction instantanée qui consomme celle-ci. Cependant, malgré les propositions de la doctrine de repousser le point de départ de la prescription de cette infraction au moment des effets⁶⁵³, la jurisprudence persiste à fixer le commencement du délai de prescription au jour de la soustraction⁶⁵⁴. Malgré les bénéfices que cela peut représenter au regard de la mise en

⁶⁴⁵. Le résultat est identique, pour consister en une atteinte à l'intégrité physique, mais les effets sont différents, ce qui se ressent sur la sanction.

⁶⁴⁶. Au lieu des trente ans de réclusion criminelle encourus pour le meurtre simple.

⁶⁴⁷. Au lieu des trois ans d'emprisonnement et des 45 000 euros d'amende encourus pour un vol simple.

⁶⁴⁸. Le recours à une arme, la réunion, la bande organisée.

⁶⁴⁹. La nuit.

⁶⁵⁰. Un lieu public.

⁶⁵¹. Personne dépositaire de l'autorité publique, disposant d'un pouvoir d'ascendance, en état d'ébriété.

⁶⁵². La minorité, la vulnérabilité, l'état de grossesse.

⁶⁵³. MAYER, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente », *D.* 1979, p. 23.

⁶⁵⁴. JENDIDIER, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Vol, n° 145 (principe et exceptions). *Adde* : *C. pr. pén.*, art. 8.

œuvre des poursuites, la Cour de cassation tire les conséquences de la neutralité répressive des effets, en refusant d'ériger ces derniers comme point de départ de la prescription. Malheureusement, la rigueur dont la jurisprudence fait preuve dans le domaine de la prescription, ne se retrouve pas sur le terrain de la localisation.

Section II – La récupération du critère

279.- L'un des marqueurs de la distinction entre les effets et le résultat devrait se ressentir dans les solutions rendues en matière de localisation. Le résultat, dernière composante de l'infraction lorsqu'il est exigé au titre de l'incrimination, devrait incarner le critère de rattachement exclusif de celle-ci, alors que les effets, circonstances extérieures à l'infraction, devraient être exclus des critères de rapatriement de cette dernière. Toutefois, en matière de répression la localisation fait souvent, voire toujours, figure d'exception, et il aurait été surprenant que, malmenant le contenu de l'infraction, et puisant dans les précédents de l'infraction, la jurisprudence s'abstienne d'exploiter ses conséquences afin de réputer une infraction commise sur le territoire de la République. Au contraire, les effets représentent un critère très enraciné (§ I), et pourtant sous-évalué (§ II).

I – Un critère de rattachement très enraciné

280.- Lorsque l'intégralité de l'élément matériel et ce qui s'est produit avant ce dernier sont réalisés à l'étranger, mais que ce qui s'est produit après l'élément matériel a lieu en France, l'infraction est immanquablement réputée commise sur le territoire de la République. Une telle prise en compte des effets au titre des critères de localisation de l'infraction est doublement plébiscitée, non seulement par la jurisprudence, qui l'a proclamée (A), mais également par le législateur, qui l'a consacrée (B).

A – La proclamation par la jurisprudence

281.- Les effets de l’infraction ont constamment été considérés comme un critère de localisation possible de celle-ci. Toutefois, la stabilité de la solution (1) ne saurait dissimuler l’opportunité de l’affirmation (2).

1 – La stabilité de la solution

282.- La prise en compte actuelle des effets comme critère de localisation n’est pas déroutante, particulièrement à ce stade des développements, où il a été maintes fois répété et constaté que la jurisprudence exploite tout ce qui compose et entoure l’infraction afin de relier, par tous les moyens possibles, cette dernière au sol national. En revanche, la prise en compte perpétuelle des effets pour remplir une telle fonction est plus surprenante. Depuis toujours, aujourd’hui comme hier, les conséquences d’une infraction réalisées en France permettent de réputer cette dernière commise sur le territoire de la République⁶⁵⁵. La jurisprudence ne semble pas avoir connu d’évolution dans sa position à l’égard des effets, contrairement à ce qu’elle a pu montrer à propos de la condition préalable, d’abord évincée avant d’être érigée au rang de critère de localisation de l’infraction⁶⁵⁶. Pourtant, les effets sont tout aussi extérieurs à l’infraction que ne l’est la condition préalable, à la différence près qu’ils interviennent après et non avant celle-ci. D’ailleurs, cette survenance postérieure, et non antérieure à l’infraction aurait pu rendre la jurisprudence réticente à exploiter les effets, plus qu’elle ne l’a été pour la condition préalable, dans la mesure où ces derniers ne constituent, ni une condition de consommation de l’infraction, ni même une condition d’apparition de celle-ci, ce qu’est la condition préalable⁶⁵⁷. L’hésitation éprouvée à l’encontre de la condition

⁶⁵⁵. T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal ; Crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944, *Bull. crim.* n° 41 ; Crim., 15 nov. 1977, n° 77-90.089, *Bull. crim.* n° 352, *Rev. sc. crim.* 1978, p. 627, Vitu ; Paris, 30 mars 1987, *JCP G* 1988, II, 20965, Bouzat ; Dijon, 12 janv. 1990, *Juris-Data* n° 1990-413371 ; Crim., 26 avr. 1990, n° 88-83.762, *Bull. crim.* n° 160 ; Crim. 6 juin 1991, n° 90-80.755, *Bull. crim.* n° 240, *D.* 1993, p. 86, Colombet ; CE, 9 déc. 1994, *D.* 1995, p. 183, Julien-Laferrière ; Crim., 29 janv. 2002, n° 01-83.122, *Bull. crim.* n° 13 ; Crim., 4 févr. 2004, n° 03-81.984, *Bull. crim.* n° 32 ; *AJ Pénal* 2004, p. 157, Pitoun, *D.* 2005, p. 621, Malabat, *Dr. pén.* 2004, comm. 80, Véron, *Gaz. Pal.* 2004, 3, p. 3237, Monnet, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 633, Fortis, *ibid.* 2004, p. 639, Mayaud.

⁶⁵⁶. *Supra*, n° 239.

⁶⁵⁷. Le propos n’est nullement de regretter la prise en compte tardive de la condition préalable, mais de s’étonner de la prise en compte précoce des effets. Ni la première, ni les seconds, de par leur caractère extérieur à l’infraction, ne devrait faire office de critère de localisation. Néanmoins, il est difficile de ne

préalable tranche donc avec la conviction affichée à l'égard des effets. Toutefois, l'immutabilité d'une solution ne représente pas un gage de légitimité pour autant.

2 – L'opportunité de l'affirmation

283.- La sélection des effets comme critère de localisation n'a pas rencontré que des détracteurs, et a même rassemblé un certain nombre d'auteurs. A l'époque où l'extranéité des infractions a commencé à considérablement se développer, il est rapidement apparu qu'il n'était, ni possible, ni souhaitable, d'exiger que tous les éléments d'une infraction soient concentrés sur le territoire d'un même Etat pour permettre aux juridictions de ce dernier de réprimer l'infraction, sous peine de voir se multiplier les conflits négatifs de compétence, et laisser libre cours à l'impunité des auteurs. La doctrine s'est donc ouvertement et abondamment prononcée sur ce qu'il convenait de réfuter ou de retenir afin de déterminer l'Etat compétent en pareilles circonstances. Et une fraction non négligeable de la doctrine⁶⁵⁸ s'est prononcée en faveur des effets de l'infraction. Il faut bien comprendre par là que les partisans de la théorie des effets ne considèrent pas simplement que les conséquences de l'infraction peuvent incarner un critère de localisation parmi d'autres, mais que ces dernières doivent incarner le seul critère de localisation, à l'exclusion de tout autre. Les principaux arguments avancés sont de deux ordres, politique, d'une part, pratique, d'autre part. L'Etat sur le territoire duquel les effets se manifestent est, non seulement plus fortement atteint que les autres dans son ordre public, qui subit les traces

pas s'interroger sur la différence de traitement qui a été réservée à cette extériorité, selon qu'elle est antérieure ou postérieure à l'infraction.

⁶⁵⁸. BERNARD, *Conflits de souveraineté en matière pénale*, Paris, 1901, p. 23 ; CANONNE, *Essai de droit pénal international : l'affaire du Lotus*, Thèse Toulouse, 1929 ; DELOURME, *Principes généraux du droit international en matière criminelle*, Thorin, 1882, p. 78 et 105 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935, p. 381, n° 561 ; HERZOG, « Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger », *Etudes de droit contemporain, Contribution française au 7^e Congrès international de droit comparé*, Uppsala, 1966, p. 545 ; JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris 1771, p. 414 ; LANGEMEIJER, « Le principe de territorialité du droit pénal », *Mélanges Van Bemmelen*, Leyde, 1965, p. 17 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 306, n° 251 ; MERCIER, « Le conflit des lois pénales », *Revue de droit pénal et de législation comparée* 1931, p. 439 ; ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Plon, 5^e éd. 1886, p. 433, n° 952 ; ROUX, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^e éd., 1927, p. 130 ; TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920, p. 176, n° 114 ; VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1949, p. 1394, n° 904 bis.

immuables laissées par l'infraction, mais également plus à même de procéder à l'arrestation de l'auteur et aux actes d'enquête.

284.- Qu'elles soient justifiées ou non, ces considérations ne semblent pas avoir accompagné la jurisprudence dans sa décision de retenir les effets comme lien de rattachement territorial. Comme souvent, pour ne pas dire comme toujours en matière de localisation, le choix du critère n'est pas guidé par la recherche de d'orthodoxie juridique, mais par un souci d'efficacité répressive. Une telle préoccupation transparait nettement à travers l'exemple de la contrefaçon (*C. propr. intell.*, art. L. 335-2), dont les effets ont été pris en compte afin de permettre aux juridictions françaises de juger l'infraction sur le fondement de l'extension de territorialité, lorsque les fondements de la personnalité active et de la personnalité passive sont inopérants⁶⁵⁹.

La contrefaçon se consomme par la fabrication d'une œuvre manuscrite ou intellectuelle, en violation des lois et règlements relatifs à la propriété de son auteur⁶⁶⁰. Dans l'hypothèse où la fabrication se déroule à l'étranger, la contrefaçon devrait naturellement être considérée comme réalisée hors du territoire de la République. Un tel constat signifie que les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour juger l'infraction sur le fondement du principe de territorialité (*C. pén.*, art. 113-2 al. 1), mais non que ces dernières ne sont pas compétentes du tout. Le Code pénal prévoit d'autres fondements, basés notamment sur la nationalité française de l'auteur (*C. pén.*, art. 113-6) ou de la victime (*C. pén.*, art. 113-7). Cependant, outre la nationalité française, ces chefs de compétence exigent plusieurs conditions, au titre desquelles, la double incrimination (*C. pén.*, art. 113-6)⁶⁶¹, et la requête du ministère public ou la plainte de la victime (*C. pén.*, art. 113-8). Or, tous les Etats ne connaissent pas l'infraction de contrefaçon. Par conséquent, les conditions de la loi pénale française ne sont pas toujours remplies⁶⁶², donc la compétence des juridictions répressives nationales souvent

⁶⁵⁹. LABREGERE et TRACOL, *Juris-Classeur Procédure pénale*, Fasc. 20, Compétence des juridictions pénales françaises et de la loi pénale française, n° 32.

⁶⁶⁰. Il convient de bien distinguer l'auteur de la contrefaçon, et l'auteur de l'œuvre reproduite illégalement, quant à lui victime de la contrefaçon.

⁶⁶¹. Cette condition, qui ne joue que pour la personnalité active, signifie que l'infraction doit être incriminée, non seulement par la loi française, mais également par la loi étrangère.

⁶⁶². Concernant la compétence personnelle active, le fait que la contrefaçon ne soit pas réprimée dans le pays étranger évince automatiquement l'application de ce fondement, la condition de la réciprocité d'incrimination exigée à l'article 113-6 du Code pénal faisant défaut. Concernant la compétence personnelle passive, le fait que la contrefaçon ne soit pas réprimée dans le pays étranger n'empêche pas en soit l'application de ce fondement, la condition de la réciprocité d'incrimination n'étant pas exigée par l'article 113-7 du Code pénal. Toutefois, il est peu probable que les autorités de poursuites d'un pays

exclue. La jurisprudence contourne un tel obstacle en reliant la compétence des juridictions françaises, non pas à la nationalité de l'auteur ou de la victime, mais au territoire de la République. Le rattachement à l'hexagone ne peut certes pas se faire à travers l'élément matériel de l'infraction, par hypothèse totalement réalisé à l'étranger, mais peut passer par les effets, dès lors que ces derniers ont lieu en France. C'est la raison pour laquelle la contrefaçon est réputée commise sur le territoire de la République lorsque l'atteinte aux droits d'auteur se produit en France, quand bien même la fabrication illégale de l'œuvre s'accomplit à l'étranger⁶⁶³.

Dans l'exemple de la contrefaçon, la prise en compte des effets comme critère de localisation est destinée à « sauver » la compétence des juridictions françaises par le biais de l'extension de territorialité, lorsque la personnalité active et passive sont inopérantes. Toutefois, il ne fait pas l'ombre d'un doute que les effets servent tout autant de critère de localisation pour des infractions à l'égard desquelles la personnalité active ou passive est applicable. Dans une telle hypothèse, le recours à l'extension de territorialité n'a pas pour objectif de rendre la compétence des juridictions françaises simplement recevable, mais plutôt véritablement intouchable. Car le fondement de l'extension de territorialité présente l'immense avantage par rapport aux autres chefs de compétence, non seulement de ne pas être subordonné aux conditions de réciprocité d'incrimination et de mise en œuvre des poursuites, mais également de faire échec à l'autorité de la chose jugée (*C. pén.*, art. 113-9)⁶⁶⁴. L'exploitation des effets au titre de critère de localisation, comme d'ailleurs celle de toutes les autres notions du droit pénal, recèle donc une finalité purement opportuniste, amorcée par la jurisprudence, puis entérinée par le législateur.

dans lequel la contrefaçon n'est pas incriminée fassent état des agissements litigieux auprès des autorités de poursuites d'un autre pays réprimant l'infraction. En quelque sorte, l'absence de réciprocité d'incrimination fait obstacle à la requête du ministère public.

⁶⁶³. *Crim.*, 2 févr. 1977, n° 75-90.944, *Bull. crim.* n° 41 ; Paris, 30 mars 1987, *JCP G* 1988, II, 20965, Bouzat ; Dijon, 12 janv. 1990, *Juris-Data* n° 1990-413371 ; *Crim.*, 26 avr. 1990, n° 88-83.762, *Bull. crim.* n° 160 ; *Crim.*, 6 juin 1991, n° 90-80.755, *Bull. crim.* n° 240, *D.* 1993, p. 86, Colombet ; *Crim.*, 29 janv. 2002, n° 01-83.122, *Bull. crim.* n° 13. *Adde* : *Crim.*, 5 oct. 1967, n° 66-94.001, *Bull. crim.* n° 240 ; *Crim.*, 30 mars 1994, n° 93-80.762, *Bull. crim.* n° 128. Cependant, pour une contrefaçon de brevet : *Crim.*, 19 juin 2007, 06-88.165, *Bull. crim.* n° 166.

⁶⁶⁴. La règle interdit de juger un individu deux fois pour un même fait. Par conséquent, les juridictions françaises ne peuvent pas connaître d'une infraction si une juridiction étrangère a déjà engagé des poursuites ou prononcé une condamnation à propos de celle-ci. Sauf lorsque la compétence des juridictions françaises repose sur le fondement de la territorialité ou de son extension.

B – La consécration par le législateur

285.- La sélection des effets par la jurisprudence est expressément approuvée par le législateur à travers l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. Certes, les développements qui précèdent ont exposé que la consécration légale de l'extension de territorialité, c'est-à-dire son inscription dans le Code de procédure pénale puis le Code pénal, était destinée à justifier la prise en compte indifférenciée de la tromperie ou de la remise dans l'escroquerie, mais pas celle des effets dans toute infraction. Toutefois, les deux affirmations ne sont nullement contradictoires, dès lors qu'il est opéré une distinction entre l'instauration de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale (1), et la rédaction de l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal (2).

1 – L'instauration de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale

286.- Les premières dispositions relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace se limitaient à l'article 3 du Code civil, qui depuis 1804 dispose immuablement que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* »⁶⁶⁵. Aucun texte ne permettait d'asseoir la compétence des juridictions françaises en présence d'une infraction comportant un élément d'extranéité⁶⁶⁶. Les arrêts rendus dès la fin du XIX^e siècle, autorisant notamment les juridictions françaises à connaître d'une escroquerie dont l'une seulement des composantes était réalisée sur le territoire de la République, incarnaient donc une jurisprudence *contra legem*. C'est seulement en 1959 que le Code de procédure pénale, venu remplacer le Code d'instruction criminelle, a conféré un fondement légal à de telles décisions jurisprudentielles. En permettant de considérer comme « *réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* », l'ancien article 693 du Code de procédure pénale consacrait expressément l'extension de

⁶⁶⁵. Il a toujours été admis que les lois pénales étaient visées au premier chef par le texte : AUBRY et RAU, *Droit civil français*, Paris, 7^e éd., 1964, p. 229, n° 137 ; LAINE, « La rédaction du Code civil », *Rev. dr. intern. priv.* 1905, p. 37 ; LOCRE, *La législation civile, commerciale et française de la France ou commentaire et complément des Codes français*, Paris, 1827, p. 69, n° 14 ; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1906, p. 78, n° 166.

⁶⁶⁶. A l'exception de rares dispositions du Code pénal, qui prévoyaient pour certaines infractions seulement la possibilité de relever de la compétence des juridictions françaises, quand bien même elles ne seraient que partiellement réalisées en France, voire entièrement réalisées à l'étranger.

territorialité. Les travaux parlementaires révèlent que la création du texte a été motivée par la volonté de combler un vide juridique mis à jour par le contentieux relatif à la localisation des escroqueries transnationales⁶⁶⁷, de sorte que l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, devenu l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, est présenté comme un texte initialement destiné à l'escroquerie, même si dorénavant il est appliqué à toutes les infractions. Si les articles précités, du Code de procédure pénale puis du Code pénal, prévoyant l'extension de territorialité doivent leur existence au besoin du législateur de valider la localisation de l'escroquerie à partir de l'une seulement de ses composantes, en revanche l'évolution de la consistance des textes revient au désir de ce même législateur d'avaliser la localisation d'une infraction à partir de ses effets.

2 – La rédaction de l'actuel article 113-2 du Code pénal

287.- La réforme du Code pénal a été l'occasion d'un changement de perspective concernant les règles relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace. Le législateur souhaitait mettre l'accent sur l'applicabilité de la loi pénale française, plutôt que sur la compétence des juridictions répressives nationales, les règles de droit pénal de fond étant moins sujettes à restructuration que les lois pénales de forme. Quand bien même applicabilité de la loi et compétence du juge demeurent intimement liées en vertu du principe de solidarité des compétences législative et judiciaire, la compétence du juge ne devait plus déterminer l'applicabilité de la loi, mais l'applicabilité de la loi autoriser la compétence du juge.

Un tel changement s'est traduit de deux façons. D'une part, les règles relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace ont été transférées, pour la plupart⁶⁶⁸, du Code de procédure pénale au Code pénal, raison pour laquelle l'ancien article 693 du Code de procédure pénale est devenu l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal. D'autre part, les articles relatifs à l'application de la loi pénale dans l'espace ne sont plus axés sur la compétence des juridictions françaises, et débutent désormais par « *la loi pénale française est applicable* ».

⁶⁶⁷. *Supra*, n° 43.

⁶⁶⁸. La compétence universelle est demeurée dans le Code de procédure pénale à l'article 689-1.

Les transformations rédactionnelles auraient pu s'en tenir là. Pourtant, l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal ne constitue pas la réplique exacte de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale. L'article en vigueur ne répute pas commise sur le territoire de la République, une infraction « *dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* », mais une infraction dont « *[l'un des] faits constitutifs a eu lieu [en France]* ». Une telle reformulation n'avait aucunement pour but d'orienter la Cour de cassation dans le sens d'une interprétation plus ou moins extensive du critère d'application de l'extension de territorialité⁶⁶⁹, mais simplement de mettre en adéquation les prévisions légales avec les solutions jurisprudentielles, et plus précisément celles fixant le rattachement territorial d'une infraction dans les effets de celle-ci. A ce titre, les travaux parlementaires⁶⁷⁰ rapportent que l'expression de fait constitutif a été choisie pour tenir compte de l'arrêt du 2 février 1977⁶⁷¹, localisant une contrefaçon sur le territoire de la République, au motif que l'atteinte aux droits d'auteur a eu lieu en France. Même en adoptant l'interprétation la plus extensive qui soit de l'acte caractérisant un des éléments constitutifs de l'infraction, des effets pouvaient difficilement être assimilés à des actes. En revanche, l'expression plus large de fait constitutif permet d'englober, non seulement les actes, mais également les effets⁶⁷². Sélectionnés par la jurisprudence, approuvés par le législateur, les effets de l'infraction incarnent donc un critère de localisation incontournable, et particulièrement rentable.

II – Un facteur de rapatriement sous-évalué

288.- Les effets engendrés par une infraction sont inévitables et considérables, au point que la majorité des auteurs a renoncé à les étudier faute de pouvoir les dénombrer, et qu'une minorité s'est attachée à les sélectionner pour les étudier⁶⁷³. L'automaticité et la quantité des effets promettent un éventail de possibilités de rattachement de l'infraction au territoire de la République. Pourtant, les exemples de localisation par les

⁶⁶⁹. D'ailleurs, cette dernière considère que les dispositions de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale « *sont reprises* » dans l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal : Crim., 28 nov. 1996, n° 95-80.168, *Bull. crim.* n° 437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, Véron, *JCP G* 1997, I, 3041, Véron, *RTD com.* 1997, p. 520, Bouloc ; Crim., 14 nov. 2002, n° 01-86.021, inédit.

⁶⁷⁰. Rapp. 28 avr. 1989, n° 896, *JOAN* 1989, p. 106.

⁶⁷¹. Crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944, *Bull. crim.* n° 41.

⁶⁷². La remarque vaut aussi pour la condition préalable.

effets sont aussi peu nombreux que les effets de l'infraction sont nombreux. Un tel décalage entre la forte potentialité du critère et la faible proportionnalité de la localisation à partir de ce critère s'explique, dans la mesure où les effets d'une infraction ont plus vocation à se prolonger dans le temps qu'à se propager dans l'espace. Conséquence de l'infraction, les effets cristallisent une ou plusieurs situations qui perdurent fréquemment après elle chronologiquement, mais qui ne s'éloignent pas forcément d'elle géographiquement, de sorte que si les éléments constitutifs sont réalisés à l'étranger, les circonstances consécutives ont de grandes chances de s'y dérouler aussi. Les hypothèses de rattachement territorial par les effets ne sont pas abondantes, mais pas inexistantes, que ce soit en matière d'infraction matérielle (A), ou formelle (B).

A – Les effets de l'infraction matérielle

289.- Si toute infraction en général, et l'infraction matérielle en particulier semble peu souvent rattachée au territoire de la République à travers ses effets, c'est peut être que les hypothèses dans lesquelles ces derniers servent de critère de localisation passent parfois inaperçues. Un jugement du tribunal correctionnel d'Auxerre datant du 9 avril 1963⁶⁷⁴, et rendu à propos d'un vol, fournit un exemple particulièrement éloquent de la différence de lecture dont peut faire l'objet une décision relative à la localisation. En l'espèce, deux individus s'emparent d'un véhicule sans le consentement du propriétaire, et roulent depuis la Belgique jusqu'en France, où ils se font arrêter. Le tribunal répute le vol commis sur le territoire de la République, au motif que *« l'usage frauduleux du véhicule, dont les inculpés s'étaient assuré la disposition à l'insu et contre le gré de son propriétaire, c'est-à-dire l'élément essentiel du délit de vol d'automobile qui leur est imputé, a été réalisé aussi bien en Belgique qu'en France »*. En présence d'une soustraction en Belgique et d'une utilisation en France, la formulation de la jurisprudence, et surtout l'interprétation de la doctrine, laissent penser que le vol est une infraction formelle continue raisonnablement localisée par son comportement, alors qu'il s'agit en réalité d'une infraction matérielle instantanée

⁶⁷³. Les contributions d'ensemble consacrées aux effets de l'infraction sont quasi inexistantes, et la seule récente limite considérablement les contours de cette notion, à travers le prisme de la légalité et de la causalité : WAGNER, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009.

artificiellement localisée par ses effets. Une telle divergence de positions impose de revenir sur la consommation de l'infraction litigieuse, et ce à deux égards. D'une part, en confirmant la nature matérielle communément reconnue pour le vol (1), et d'autre part, en contestant la durée continue occasionnellement retenue pour le vol d'usage (2).

1 – La confirmation de la nature matérielle du vol

290.- Le vol (*C. pén.*, art. 311-1) détient cette particularité de cristalliser autant de certitudes que de doutes quant au contenu de son élément matériel. En effet, le vol est présenté comme l'un des exemples par excellence d'infraction matérielle⁶⁷⁵, et pourtant rien n'est moins évident que de distinguer un comportement et un résultat à l'intérieur de ce délit. Une telle difficulté transparaît doublement, dans la rédaction de l'incrimination par le législateur, et dans l'interprétation de l'infraction par la doctrine. D'une part, l'article 311-1 du Code pénal ne semble pas exiger deux composantes au titre de l'élément matériel. Certes, le texte d'incrimination dispose que « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Cependant, l'adjectif « frauduleuse » n'est qu'un qualificatif surabondant, destiné à insister sur le fait que la soustraction doit intervenir sans le consentement de la victime, ce que la soustraction implique à elle seule. L'expression « chose d'autrui » renvoie quant à elle la condition préalable⁶⁷⁶. Par conséquent, le terme « soustraction » renferme à lui seul l'élément matériel⁶⁷⁷, et plus exactement le terme unique de « soustraction » semble désigner la composante unique de l'élément matériel. D'autre part, les auteurs d'ouvrages de droit pénal général semblent mélanger les deux composantes, ces derniers considérant, non seulement que le vol est une infraction matérielle dont le résultat réside dans la soustraction⁶⁷⁸, mais

⁶⁷⁴. T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal.

⁶⁷⁵. Afin d'illustrer cette catégorie d'infraction exigeant un comportement suivi d'un résultat au titre de l'élément matériel, les ouvrages de droit pénal général citent invariablement le meurtre pour un exemple dans la catégorie des infractions contre les personnes, et le vol pour un exemple dans la catégorie des infractions contre les biens.

⁶⁷⁶. Le vol représentant une atteinte à la propriété, l'objet du vol doit être la propriété de la victime, ce qui exclut notamment le vol de sa propre chose ou d'une chose abandonnée.

⁶⁷⁷. L'élément moral n'a pas besoin de figurer expressément dans le texte d'incrimination, dans la mesure où le vol constitue un délit, et que l'article 121-3 du Code pénal prévoit que les délits, sauf disposition contraire expresse, sont intentionnels.

⁶⁷⁸. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 318, n° 343 ; BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 218, n° 227 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica,

également une infraction simple, dont l'acte du comportement n'est autre que la soustraction⁶⁷⁹.

A l'instar de la remise dans l'escroquerie, invoquée pour incarner le résultat et le second acte du comportement⁶⁸⁰, la soustraction dans le vol est employée pour désigner le résultat et l'acte unique du comportement. Cette double affectation est évidemment impossible, la règle *non bis in idem* interdisant de juger deux fois un même fait, donc de caractériser deux composantes distinctes par un élément unique. Entre le résultat et le comportement il faut donc choisir, et le choix s'impose de lui-même. Autant une infraction peut ne pas requérir un résultat, autant une infraction ne peut pas s'affranchir d'un comportement. Par conséquent, si la soustraction ne peut pas représenter à la fois le comportement et le résultat du vol, elle doit en constituer que le comportement. C'est la conclusion à laquelle aboutissent les auteurs d'ouvrages de droit pénal spécial, qui affectent la soustraction à la fonction d'acte unique du comportement, et passent la question du résultat sous silence⁶⁸¹.

291.- Présenté ainsi, le vol apparaît plus comme une infraction formelle que comme une infraction matérielle, alors que l'infraction exige bien un comportement et un résultat. En réalité, la soustraction comporte deux versants, un côté actif, l'appropriation par l'auteur⁶⁸², et un côté passif, la dépossession de la victime⁶⁸³, qui

17^e éd., 2011, p. 405, n° 445 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 221, n° 203 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 653, n° 518 ; REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon, 1993, p. 447.

⁶⁷⁹. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 314, n° 339 ; BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 215, n° 222 ; CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 118, n° 209 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 192, n° 185 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 617, n° 487.

⁶⁸⁰. *Supra*, n° 31.

⁶⁸¹. CONTE, *Droit pénal spécial*, Lexis Nexis, 4^e éd., 2013, p. 301, n° 517 ; JEANDIDIER, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Vol, n° 47 ; LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2013, p. 11, n° 24 ; LUCAS DE LEYSSAC, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Vol, n° 97 ; MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd., 2011, p. 345, n° 712.

⁶⁸². L'acte d'appropriation ne constitue pas nécessairement une action, mais peut également consister en une omission. Sur la nature protéiforme du vol : REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon, 1993, n° 383.

⁶⁸³. La distinction, même si la nuance est mince, porte bien sur l'appropriation et la dépossession, qui correspondent respectivement à un comportement, s'approprier, et au résultat de ce comportement, être dépossédé. La tentation est grande, compte tenu de la proximité des situations, d'assimiler l'appropriation et la dépossession, et de plutôt différencier entre l'appréhension et l'appropriation, c'est-à-dire entre le fait de prendre une chose, puis de s'approprier cette dernière une fois obtenue. Cependant,

correspondent respectivement au comportement et au résultat du vol⁶⁸⁴. Une telle décomposition de la soustraction en deux phases n'est pas flagrante. D'une part, d'un point de vue textuel, la désignation de l'élément matériel par un terme unique ne place pas d'emblée sur la voie de deux composantes distinctes⁶⁸⁵. D'autre part, sur le plan temporel, l'appropriation et la dépossession se chevauchent au moment même⁶⁸⁶ où la chose objet de l'infraction passe, physiquement ou virtuellement⁶⁸⁷, des mains de la victime à celles de l'auteur. Et la concomitance entre les deux événements ne contribue

une telle lecture de la soustraction ne débouche pas sur un comportement suivi d'un résultat, mais sur deux actes d'un même comportement, et fait du vol, non pas une infraction simple et matérielle simple, mais complexe et formelle.

⁶⁸⁴. La soustraction n'est pas utilisée deux fois, l'une en tant que comportement, puis l'autre en tant que résultat, mais la soustraction se dédouble, pour renfermer à la fois un comportement et un résultat.

⁶⁸⁵. L'affirmation selon laquelle un terme unique dans le texte d'incrimination peut renvoyer aux deux composantes de l'élément matériel, à savoir le comportement et le résultat, n'est pas en contradiction avec l'allégation faite dans les développements qui précèdent, selon laquelle un seul mot dans le texte d'incrimination ne peut pas renvoyer à plusieurs actes du comportement (*supra*, n° 176). En d'autres termes, un vocable unique peut induire la nature matérielle d'une infraction, mais pas la structure complexe de cette dernière. En effet, dès lors que les expressions « de nature à », « ayant pour objet de », ou « en vue de » ne figurent pas dans la définition d'une infraction, il est possible de conclure à la nature matérielle de cette dernière, nature partagée par l'immense majorité des infractions. Dans un tel cas de figure, l'élément matériel de l'infraction, même lorsqu'il est décrit au moyen d'un terme unique, comprend nécessairement un résultat. Or, un résultat découle nécessairement d'un comportement. Autant un comportement peut n'engendrer aucune suite, autant un résultat doit procéder d'une cause. Par conséquent, le vocable unique de soustraction, désignant l'élément matériel de l'infraction matérielle de vol, renvoie non seulement à un comportement, mais également à un résultat. Le raisonnement tenu à l'égard de l'élément matériel pris dans son ensemble, ne peut pas s'appliquer au comportement envisagé dans sa singularité. En effet, les actes du comportement d'une infraction ne sont pas unis par un lien de causalité, mais s'inscrivent dans un rapport de connexité. Dès lors, la présence d'un seul mot dans le texte d'incrimination ne permet pas de déduire celle d'un ou plusieurs autres actes, dans la mesure où il est impossible de remonter ou descendre la relation de causalité afin d'identifier l'acte précédant ou l'acte suivant selon un processus de cause à effet. C'est la raison pour laquelle, tous les actes du comportement doivent expressément figurer dans le texte d'incrimination, ce qui suppose que chaque acte soit visé par un mot.

⁶⁸⁶. Ce moment est souvent très court, mais peut être plus ou moins long.

⁶⁸⁷. Initialement, la jurisprudence définissait l'acte d'appropriation uniquement comme le fait de « prendre, enlever, ravir » (Crim., 18 nov. 1837, *Bull. crim.* n° 405, *S.* 1838, 1, p. 366 ; Crim., 14 déc. 1839, *Bull. crim.* n° 380, *S.* 1840, 1, p. 550 ; Crim., 2 mai 1845, *D.* 1845, 1, p. 298, *S.* 1845, 1, p. 474), ce qui suppose que la remise de la chose par la victime ne soit pas volontaire. Dans cette hypothèse, l'appropriation de la chose par l'auteur se manifeste physiquement, et la doctrine parle alors de « soustraction matérielle ». Cependant, lorsque la victime remettait volontairement la chose, la qualification de vol ne pouvait pas être retenue contre l'individu qui, s'étant vu remettre un bien à titre précaire, ne la retournait pas à son propriétaire. Les qualifications d'abus de confiance et d'escroquerie ne pouvant pas toujours être appliquées, faute pour la remise volontaire d'avoir eu lieu en vertu d'un des contrats limitativement énumérés pour l'abus de confiance, ou d'avoir été provoquée par une tromperie pour la remise, il arrivait parfois qu'aucune poursuite pénale ne puisse être engagée. Afin de mettre un terme à ce vide juridique, la jurisprudence a admis la qualification de vol, quand bien même la chose a été remise volontairement par la victime. Dorénavant, l'acte d'appropriation s'entend également comme l'usurpation de possession, qui consiste à convertir indûment sa simple détention précaire en véritable possession. Dans cette hypothèse, l'appropriation de la chose par l'auteur ne se manifeste pas physiquement, mais ne s'appréhende que virtuellement, par un maniement juridique, et la doctrine parle cette fois de « soustraction juridique ».

assurément pas à dissocier les deux événements. Cependant, le dédoublement de la soustraction entre, le comportement d'appropriation de l'auteur et le résultat de dépossession de la victime, est cohérent pour plusieurs raisons.

D'abord, l'appropriation par l'auteur et la dépossession de la victime entretiennent une relation de causalité propre à celle intervenant entre un comportement et un résultat. Certes, les deux événements se chevauchent, mais la superposition n'est pas permanente. Ne serait-ce que l'espace d'une fraction de seconde, l'appropriation précède la dépossession. Le basculement de la première vers la seconde est tellement rapide qu'il passe presque pour inexistant, néanmoins c'est bien l'appropriation qui impulse l'enchaînement des deux événements.

Ensuite, l'élément moral fait transparaître la dichotomie au sein de la soustraction, entre l'appropriation par l'auteur et la dépossession de la victime. La jurisprudence subordonne l'intention du vol à deux conditions, la volonté de soustraire la chose d'autrui, et la volonté de s'approprier la chose d'autrui. Une fraction de la doctrine considère que l'exigence supplémentaire de s'approprier la chose d'autrui est superflue, la volonté de soustraction de la chose emportant nécessairement la volonté d'appropriation de celle-ci⁶⁸⁸. Pourtant, cette double volonté requise au titre de l'élément moral du vol n'est que l'exacte application de la définition de l'intention, qui consiste, non seulement en la volonté du comportement, mais également en la volonté du résultat⁶⁸⁹. Ce qui est présenté comme la volonté de soustraire la chose d'autrui, n'est autre que la volonté de l'auteur d'appréhender la chose, c'est-à-dire d'accomplir l'acte permettant d'obtenir la chose entre ses mains, et ce qui est désigné comme la volonté de s'approprier la chose, est en réalité la volonté de l'auteur de déposséder la victime, autrement dit de faire sienne la chose qu'il détient désormais entre ses mains. En

⁶⁸⁸. CORLAY, « Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol », *JCP G* 1984, I, 3160 ; JEANDIDIER, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Vol, n° 73. *Adde* : LUCAS DE LEYSSAC, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Vol, n° 174. Si les deux volontés sont bien différentes et doivent faire l'objet d'une preuve séparée, il n'en demeure pas moins que la preuve de la volonté du comportement facilite la preuve de la volonté du résultat. Le Professeur Yves MAYAUD l'explique très bien en ces termes : « [La preuve de l'intention] passe notamment par certaines déductions, dont l'originalité consiste à retirer de la volonté du comportement une volonté équivalente quant au résultat. Il est parfois une indivisibilité très forte entre les deux données, de sorte que les exigences de preuve relatives au résultat sont couvertes par ce que le comportement traduit déjà de manifestation de volonté » (MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p, 255, n° 240). Par exemple, en matière de vol, le juge peut s'appuyer sur la manière dont l'auteur s'approprie la chose, pour se convaincre de la volonté de ce dernier d'en déposséder la victime.

⁶⁸⁹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p, 251, n° 238.

d'autres termes, la volonté de soustraire la chose d'autrui incarne la volonté du comportement, et la volonté de s'approprier la chose d'autrui celle du résultat⁶⁹⁰.

De plus, la caractérisation du commencement d'exécution de la tentative de vol (C. pén., art. 311-13) conforte la dualité de la soustraction, partagée entre l'appropriation par l'auteur et la dépossession de la victime. La structure matérielle ou formelle d'une infraction laisse plus ou moins de place au développement d'un commencement d'exécution. Cette différence d'emprise est parfaitement expliquée par le Professeur Yves MAYAUD : « *Les infractions matérielles contiennent les possibilités les plus étendues de tentative. En effet, ces infractions étant caractérisées par l'intégration du dommage redouté dans leur structure constitutive, elles se prêtent assez facilement à un commencement d'exécution, pour en favoriser les manifestations tant que ce dommage n'est pas atteint. [...] Avec les infractions formelles [...], la tentative perd beaucoup de sa force répressive. Les infractions formelles ont pour seuil de consommation, ce qui correspond au commencement d'exécution dans le processus complet de la matérialité par rapport au résultat redouté. Il en résulte que la tentative punissable ne peut, dans ce type d'infraction, qu'être située avant, c'est-à-dire sur les actes préparatoires* »⁶⁹¹. Ce décalage entre le commencement d'exécution d'une infraction matérielle et celui d'une infraction formelle transparaît clairement en comparant la place d'un même élément au sein de la tentative d'un type d'infraction ou de l'autre. Par exemple, le fait de se procurer « l'arme du crime » correspond, à un acte préparatoire non punissable dans l'infraction matérielle de meurtre, mais à un commencement d'exécution punissable dans l'infraction formelle d'empoisonnement. Le commencement d'exécution du vol se rapproche incontestablement de celui d'une infraction matérielle, pour correspondre, non pas à de simples actes préparatoires, mais au comportement lui-même. Les décisions rendues en matière de tentative de vol de véhicule l'attestent, le commencement d'exécution réside dans l'appropriation par l'auteur, c'est-à-dire dans l'acte au moyen duquel l'auteur détient la chose entre ses mains. Ainsi, constitue une tentative de vol, le fait d'entrer dans une voiture pour s'en

⁶⁹⁰. Les deux volontés requises au titre de l'intention du vol sont présentées par la doctrine comme l'exigence d'un dol général pour la volonté de soustraire la chose d'autrui, et d'un dol spécial pour la volonté de s'approprier la chose d'autrui. Cependant, cette dernière volonté n'est autre que la volonté du résultat, intégrée dans la définition même de l'intention, donc attachée au dol général. Le recours au dol spécial n'est justifié que lorsque l'élément moral exige, en plus de l'intention, des données psychologiques particulières, tels que les mobiles. Sur la mauvaise utilisation de la notion de dol spécial dans les infractions en général, et dans le vol en particulier : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 277, n° 266.

servir contre le gré de son propriétaire⁶⁹², de s'installer au volant de cette voiture⁶⁹³, ou encore d'établir un branchement permettant de mettre la voiture en marche⁶⁹⁴. Dès que la voiture est mise en marche, la jurisprudence considère que le vol n'est plus simplement tenté, mais véritablement consommé. Or, au moment où l'auteur met le contact et part avec le véhicule volé, la victime est privée de la maîtrise et de la jouissance de la chose, donc est dépossédée de son droit de propriété. Par conséquent, la dépossession de la victime caractérise bien le résultat qui consume le vol.

Enfin, la subdivision à l'intérieur de la soustraction, entre l'appropriation par l'auteur et la dépossession de la victime, s'intègre dans la logique des infractions contre les biens, pour protéger le même résultat que l'escroquerie, l'atteinte à la propriété d'autrui. Dans l'escroquerie, le résultat réside dans la remise, provoquée par l'acte de tromperie. Dans le vol, le résultat consiste aussi en une remise, extorquée par l'acte d'appropriation⁶⁹⁵. Dans les deux infractions, la remise incarne l'atteinte à la propriété, puisqu'à l'instant même où la victime remet la chose à l'auteur, cette dernière ne dispose plus de la totalité de ses prérogatives de propriétaire sur la chose.

292.- A l'instar de l'escroquerie, le vol représente une infraction portant atteinte à la propriété d'autrui, dont l'élément matériel exige un comportement et un résultat. Mais à l'inverse de l'escroquerie, dont le comportement et le résultat se prêtent souvent à un éclatement dans l'espace, au point d'être à l'origine des dispositions légales consacrant l'extension de territorialité, le comportement et le résultat du vol, de par leur chevauchement, sont toujours concentrés sur le territoire d'un même pays. Par conséquent, les seules décisions portant sur la localisation internationale du vol concernent l'hypothèse dans laquelle l'élément matériel de l'infraction se produit dans un Etat, et les effets de celle-ci se déroulent dans un autre Etat, comme c'est le cas dans

⁶⁹¹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 286, n° 274.

⁶⁹². Crim., 28 oct. 1959, *D.* 1960, p. 314, Chavanne, *JCP G* 1959, II, 11343, Chambon ; Crim., 29 juin 1960, *D.* 1960, p. 616, *JCP G* 1960, IV, 127.

⁶⁹³. Crim., 2 nov. 1961, *D.* 1962, p. 32, *Gaz. Pal.* 1962, 1, p. 150, *JCP G* 1961, IV, 170, *Rev. sc. crim.* 1962, p. 335, Bouzat.

⁶⁹⁴. Crim., 7 déc. 1960, *Bull. crim.* n° 575, *JCP G* 1961, II, 11964, Chambon.

⁶⁹⁵. Par leur résultat identique et leur comportement différent, le vol et l'escroquerie incarnent deux infractions, non pas redondantes, mais complémentaires. Cette complémentarité traduit la démarche qui anime le législateur dans l'élaboration des incriminations : identifier un résultat auquel il ne doit pas être porté atteinte, puis ériger en infraction tous les comportements susceptibles d'y porter atteinte. Sur ce point : MAYAUD, « Ration legis et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597.

le jugement précité⁶⁹⁶. Si le vol peut susciter quelques interrogations quant à sa structure matérielle ou formelle, en revanche il ne souffre aucune hésitation quant à sa durée instantanée, de sorte que toute localisation du vol à partir d'un élément postérieur à la soustraction doit s'analyser comme une localisation par les effets de cette infraction.

2 – La contestation de la durée continue du vol d'usage

293.- La jurisprudence est constante⁶⁹⁷, et la doctrine unanime⁶⁹⁸, sur le fait que le vol se consomme par la soustraction de façon instantanée. Dès lors, tout ce qui intervient après la soustraction ne relève pas de l'élément matériel de l'infraction, mais des effets de cette dernière. En réputant un vol de véhicule commis sur le territoire de la République, au motif que l'usage du véhicule a lieu en France, le jugement du 9 avril 1963⁶⁹⁹ localise donc le vol à partir de ses effets, l'utilisation de la voiture nécessairement postérieure à la soustraction de celle-ci, incarnant une conséquence de l'infraction.

Le commentateur de la décision retient une analyse toute autre, ce dernier considérant être en présence, non pas d'une infraction instantanée localisée par ses effets, mais d'une infraction continue localisée par son comportement⁷⁰⁰. L'auteur explique la durée continue du comportement par le caractère particulier du vol d'usage, dont la consommation se prolonge tout le temps que dure l'utilisation induite de la chose. En d'autres termes, le vol d'usage ne se consomme pas de façon instantanée par la soustraction, mais se consomme de manière continue depuis la soustraction jusqu'à la restitution.

Cependant, une telle analyse repose sur une interprétation erronée, non seulement des faits de l'espèce, mais également de la jurisprudence relative au vol d'usage. Les

⁶⁹⁶. T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal.

⁶⁹⁷. Crim., 4 nov. 1848, *S.* 1849, 1, p. 383 ; Crim., 15 déc. 1949, *Bull. crim.* n° 350 ; Crim., 19 déc. 1956, *JCP G* 1957, II, 9923 ; Crim., 20 mars 1985, n° 84-92.631, *Bull. crim.* n° 120.

⁶⁹⁸. CHAMBON, *JCP G* 1959, II, 11178, ss. Crim., 19 févr. 1959 ; LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, et SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2013, p. 16, n° 43 ; MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd, 2011, p. 346, n° 713 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 205, n° 192 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, note 1.

⁶⁹⁹. T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal.

faits de l'espèce n'indiquent en aucun cas qu'il s'agit d'un vol d'usage. Dans l'esprit commun, si un individu vole une chose, c'est dans le but de s'en servir par la suite. Mais tel n'est pas le sens juridique du vol d'usage. Dans le langage pénal, le vol d'usage renvoie à la situation bien précise, dans laquelle un individu s'empare d'une chose contre le gré de son propriétaire, puis la restitue ou l'abandonne après s'en être servi. Le jugement ne fournit aucune indication sur l'intention des auteurs du vol, de sorte qu'il est impossible de déterminer si ces derniers ont commis un vol « normal » ou un vol d'usage. Quand bien même il serait question d'un vol d'usage, le délit n'en demeure pas moins instantané. En effet, la jurisprudence relative au vol d'usage n'érige absolument pas ce cas particulier de vol en infraction continue. L'hypothèse dans laquelle un individu s'empare d'une chose avec l'intention de la rendre ou de l'abandonner après en avoir fait usage soulève une difficulté concernant la caractérisation de l'élément moral du vol. L'individu n'ayant pas l'intention de garder la chose définitivement, la question se pose légitimement de savoir si ce dernier peut ou non, être animé par la volonté de déposséder le propriétaire. L'enjeu est important, car dans la négative, la volonté du résultat fait défaut, donc la qualification de vol impossible. La Cour de cassation a mis un terme au débat⁷⁰¹ dans un arrêt du 19 février 1959⁷⁰², admettant la possibilité de retenir l'intention en présence d'un vol d'usage, considérant « *qu'il y a vol lorsque l'appréhension a lieu dans des circonstances telles qu'elle révèle l'intention de se comporter, même momentanément, en propriétaire* »⁷⁰³. Par cette décision, la haute juridiction affirme simplement que, le vol est caractérisé dès lors qu'au moment de la

⁷⁰⁰. LEGEAIS, *JCP G* 1963, II, 11367, ss. T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963. *Adde* : MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, note 1.

⁷⁰¹. Certaines juridictions ont exclu la qualification de vol (Crim., 22 mai 1818, *Bull. crim.* n° 63 ; T. corr. Saint-Étienne, 2 juill. 1928, *D.* 1929, 2, p. 111, *Gaz. Pal.* 1928, 2, p. 306 ; T. corr. Saint-Claude, 7 janv. 1954, *JCP G* 1954, II, 7938, Chambon), d'autres l'ont admise (Paris, 16 nov. 1912, *D.* 1913, 2, p. 240 ; T. corr. Nantes, 31 oct. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, p. 923, *S.* 1931, 2, p. 83), au moyen parfois de certaines contorsions intellectuelles (par exemple, en retenant le vol d'essence ou de gomme pneumatique, au lieu de retenir le vol de véhicule).

⁷⁰². Crim., 19 févr. 1959, *Bull. Crim.* n° 123, *D.* 1959, p. 331, Roujou de Boubée, *JCP G* 1959, II, 11178, Chambon, *S.* 1959, p. 21.

⁷⁰³. Dans le même sens : Crim., 3 mars 1959, *Bull. crim.* n° 148, *D.* 1960, p. 7 ; Crim., 21 mai 1963, *D.* 1963, p. 568, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 143 ; Crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Bull. crim.* n° 13, *D.* 1979, p. 509, Corlay ; Crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Bull. crim.* n° 148, *D.* 1987, p. 131, Lucas de Leyssac, *JCP G* 1987, II, 20788, Croze ; Crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Bull. crim.* n° 100 ; Crim., 11 juin 2013, n° 11-88.542, inédit. *Contra* : Paris, 12 févr. 1996, *Dr. pén.* 1996, comm. 128, Véron. *Adde* : BERTRAND, « La criminalité informatique, les délits relatifs au matériel », *Expertise* 1984, n° 154 ; FERAUD, « La répression de l'utilisation non autorisée d'un véhicule à moteur au moyen d'une infraction spécifique », *Rev. sc. crim.* 1963, p. 543.

soustraction, ce dernier a l'intention de se comporter en propriétaire, peu importe le caractère temporaire ou définitif d'une telle attitude. La solution n'est ni plus ni moins que l'application de l'exigence de concomitance entre l'intention et la soustraction, en vertu de laquelle, l'élément moral étant la volonté d'accomplir l'élément matériel, le premier doit uniquement s'apprécier au moment où le second est réalisé⁷⁰⁴. Dès lors que l'intention existe en même temps que la soustraction, il y a vol. Tout au plus, la restitution ultérieure de la chose incarne un repentir actif, mais n'empêche pas l'infraction⁷⁰⁵.

294.- Le vol, qu'il soit d'usage ou pas, est donc une infraction instantanée, consommée par la soustraction de la chose. La prise en compte de tout élément postérieur à la réalisation de ce résultat pour rattacher le vol au territoire de la République, constitue un cas de localisation d'une infraction matérielle par ses effets. En retenant l'utilisation de la chose comme critère de localisation, le jugement du 9 avril 1963⁷⁰⁶ représente une illustration parmi d'autres. Les cas de localisation à partir des effets ne se limitent pas uniquement aux infractions matérielles, mais touchent également les infractions formelles.

B – Les effets de l'infraction formelle

295.- Les infractions formelles offrent de nombreux exemples de localisation à partir des effets, qui peuvent passer inaperçus, pour des raisons tenant, non seulement à la dénomination, mais également à la caractérisation du critère de localisation. Ce dernier préalablement repéré (1), se révèle exagérément recyclé (2).

⁷⁰⁴. La jurisprudence examine cette condition avec attention. Cas de concomitance rejetés : Orléans, 12 déc. 1859, *D.* 1860, 2, p. 112 ; Crim., 5 janv. 1861, *D.* 1861, 1, p. 48 ; Crim., 24 juin 1876, *S.* 1877, 1, p. 43 ; Crim., 11 mai 1928, *S.* 1930, 1, p. 40 ; Rennes, 27 janv. 1948, *JCP G* 1948, IV, 92. Cas de concomitance retenus : Crim., 2 avr. 1835, *S.* 1835, 1, p. 699 ; Paris, 9 nov. 1855, *D.* 1856, 2, p. 150 ; Crim., 15 mai 1863, *S.* 1863, 1, p. 406 ; Crim., 18 oct. 1924, *D.H.* 1924, p. 618 ; Crim., 17 mai 1939, *Bull. crim.* n° 112 ; Crim., 28 juin 1944, *JCP G* 1944, IV, 99 ; Crim., 7 juill. 1944, *Gaz. Pal.* 1944, 2, p. 155 ; Crim., 14 mars 1958, *D.* 1958, p. 513, *Rev. sc. crim.* 1959, p. 125, Bouzat ; Crim., 30 mai 1958, *D.* 1958, p. 513, *JCP G* 1958, II, 10809, Chavanne ; Crim., 20 févr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 119 ; Crim., 10 juin 1964, n° 64-90.145, *Bull. crim.* n° 200 ; TGI Seine, 12 juin 1967, *D.* 1967, p. 641, *JCP G* 1967, II, 15295, de Lestang ; T. corr. Dijon, 28 févr. 1973, *JCP G* 1974, II, 17803, Puech.

⁷⁰⁵. Crim., 9 août 1833, *S.* 1833, 1, p. 867 ; Paris, 28 avr. 1988, *Juris-Data* n° 1988-024309.

1 – La réalisation effective du résultat redouté

296.- L'une des raisons pour lesquelles le rattachement territorial d'une infraction formelle à travers les effets de celle-ci n'est pas toujours perceptible, tient au fait que dans une telle hypothèse, l'infraction n'est pas considérée comme localisée par ses effets, mais par son résultat. De prime abord, l'affirmation semble inexacte, voire même impossible, le propre de l'infraction formelle étant justement de se définir par son absence de résultat. En réalité, tout dépend du résultat visé. Il n'est évidemment pas question ici du résultat constitutif, qui ne s'observe que dans les infractions matérielles, mais du résultat redouté, qui se retrouve dans toutes les infractions, matérielles comme formelles.

297.- Selon qu'elle est matérielle ou formelle, l'infraction requiert ou non un résultat constitutif. Mais qu'elle soit matérielle ou formelle, l'infraction suppose un résultat redouté. En effet, le concept de résultat redouté, découvert par le Professeur André DECOCQ⁷⁰⁷, s'inscrit au cœur de l'élaboration de toute infraction, pour être à l'origine, non seulement de son apparition, mais également de sa composition.

Dans un premier temps, le résultat redouté inspire l'apparition d'une infraction, dans la mesure où l'existence de la seconde résulte de la volonté du législateur d'empêcher le premier. La mission du législateur consiste à protéger la société des atteintes à l'ordre public. Ces atteintes, qu'il faut éviter, constituent autant de résultats redoutés, résultats que le législateur souhaite ne jamais voir se réaliser. A cette fin, le législateur érige en infractions les comportements susceptibles d'aboutir à chacun de ces résultats. Par exemple, la vie représente une valeur sociale protégée, donc la mort un résultat redouté, c'est pourquoi l'article 221-1 du Code pénal interdit « *le fait de donner la mort à autrui* ». De même, la propriété représente une valeur sociale protégée, donc la violation de cette dernière un résultat redouté, c'est pourquoi l'article 311-1 du Code pénal interdit « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». La naissance de

⁷⁰⁶. T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal.

chaque infraction répond immanquablement à ce schéma : une valeur sociale protégée, qui implique un résultat redouté, qui engendre un comportement prohibé. Ainsi, le résultat redouté, à travers la valeur sociale protégée qu'il incarne, impulse la création d'une infraction, puisqu'il représente la raison pour laquelle un comportement donné est érigé en infraction.

Dans un second temps, le résultat redouté influe sur la composition d'une infraction, dans la mesure où la consistance de la seconde dépend de la manière dont le législateur souhaite empêcher le premier. Une fois le comportement susceptible d'aboutir au résultat redouté identifié, le législateur peut choisir de faire intervenir la répression plus ou moins tôt, en exigeant ou pas que le comportement débouche effectivement sur le résultat redouté. Le plus souvent, le comportement doit entraîner le résultat redouté, auquel cas la réalisation du résultat redouté est une condition de l'infraction, qui comporte donc un résultat constitutif. Mais de temps en temps, le comportement n'a pas besoin de provoquer le résultat redouté, auquel cas la réalisation du résultat redouté n'est pas une condition de l'infraction. Par exemple, dans le meurtre (*C. pén.*, 221-1), infraction destinée à protéger la vie, dont le résultat redouté est donc la mort, la survenance de la mort est indispensable. Dans l'hypothèse où le coup asséné à la victime n'entraîne pas la mort de cette dernière, la qualification de meurtre ne peut pas être retenue⁷⁰⁸. En revanche, dans l'empoisonnement (*C. pén.*, art. 221-5), infraction protégeant la même valeur sociale, et disposant du même résultat redouté, l'existence de la mort est indifférente. Dès lors qu'une substance mortifère est administrée à la victime, la survie de cette dernière n'interfère pas sur la qualification d'empoisonnement. Ainsi, le résultat redouté influe sur la rédaction d'une infraction, puisqu'il fait varier le nombre de composantes de l'élément matériel, selon que sa réalisation est requise ou non au titre des conditions de l'infraction, qui suivant le cas, est dite matérielle ou formelle.

298.- L'élaboration d'infractions à la structure formelle, en plus des infractions de nature matérielle⁷⁰⁹, a pour but de ne pas subordonner la répression de certains comportements susceptibles d'aboutir au résultat redouté, à la réalisation effective de ce

⁷⁰⁷. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 171.

⁷⁰⁸. Tout au plus la qualification de tentative de meurtre, si les conditions de l'article 121-5 du Code pénal sont réunies.

⁷⁰⁹. Sur la complémentarité répressive entre les infractions matérielles et formelles : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 224, n° 206.

dernier, les comportements en cause étant considérés comme particulièrement dangereux en eux-mêmes. Cependant, il n'est pas rare qu'un comportement, constitutif en soi d'une infraction formelle, débouche sur la survenance concrète du résultat redouté. La réalisation d'une telle circonstance en France n'engendre aucune répercussion au stade de la consommation⁷¹⁰, qui est établie dès la survenance du comportement, peu importe ce qui se produit ensuite, mais fait l'objet d'une récupération au titre de la localisation, qui puise dans tout ce qui est accompli sur le territoire de la République. Et c'est dans cette hypothèse bien précise, qu'une infraction formelle peut être considérée comme localisée à partir de son résultat. L'affirmation n'est pas inexacte, dans le sens où ce qui est accompli sur le territoire de la République correspond effectivement à la manifestation physique du résultat redouté de l'infraction. Toutefois, le recours à l'appellation de résultat n'est pas adéquat pour deux raisons. En premier lieu, il instaure la confusion entre l'infraction formelle et l'infraction matérielle, l'emploi du terme « résultat », sans qualificatif, renvoyant moins au résultat redouté qu'au résultat constitutif, qui n'existe que dans les infractions matérielles. En second lieu, il n'opère pas la distinction entre deux étapes successives de l'infraction, l'incrimination, d'une part, et la caractérisation, d'autre part. La nuance permettrait pourtant d'identifier précisément le critère de localisation d'une infraction formelle, lorsque cette dernière est reliée au sol national à partir de la conséquence du comportement.

L'incrimination et la caractérisation correspondent aux deux versants de l'infraction, le premier théorique, le second pratique. L'incrimination recouvre le processus théorique par lequel le législateur érige un comportement donné en infraction, en inscrivant ce dernier dans un texte. C'est lors de ce processus, obligatoire en vertu du principe de légalité des délits et des peines (*C. pén.*, art. 111-2 ; 111-3), qu'intervient le résultat redouté. En effet, les développements qui précèdent exposant le rôle du résultat redouté dans le cadre de l'élaboration d'une infraction que ce soit concernant sa création ou sa rédaction, n'ont fait que relater le processus d'incrimination d'une infraction, qui consiste d'abord à en poser le principe, puis à en préciser le contenu. Si le résultat redouté est véritablement au cœur de l'incrimination de l'infraction, en revanche il est

⁷¹⁰. Exception faite pour l'infraction formelle de risque causé à autrui (*C. pén.*, art. 223-1), concernant laquelle la réalisation effective de la mort ou des blessures oblige à basculer sur la qualification d'homicide involontaire (*C. pén.*, art. 221-6) ou de blessures involontaires (*C. pén.*, art. 222-19 ; 222-20). Sur la nature apparemment matérielle de l'infraction : CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et

totalelement étranger à la caractérisation de celle-ci. La caractérisation renvoie à l'examen pratique par lequel le juge vérifie qu'une situation de fait remplit les conditions de l'infraction contenues dans le texte d'incrimination de cette dernière, conditions au titre desquelles figure l'élément matériel⁷¹¹. Lors de cet examen, le résultat redouté n'apparaît pas. Ni dans l'infraction matérielle, dont l'élément matériel est pourtant subordonné à la réalisation concrète du résultat redouté. Le résultat délaisse le qualificatif de redouté, pour prendre celui de constitutif⁷¹². Encore moins dans une infraction formelle, dont l'élément matériel est indifférent à la réalisation concrète du résultat redouté. En cas de survenance effective de ce dernier, il ne s'agit évidemment pas du résultat constitutif de l'infraction, mais tout simplement d'un effet de cette dernière⁷¹³. Les critères de postériorité, de causalité et d'extériorité sont bien remplis. D'abord, la réalisation du résultat redouté est postérieure à l'infraction formelle, la seconde se produisant après la première. Ensuite, la réalisation du résultat redouté est la conséquence de l'infraction formelle, le lien de causalité étant induit par le processus d'incrimination, qui consiste à ériger en infraction les comportements susceptibles de provoquer le résultat redouté. Enfin, la réalisation du résultat redouté est extérieure à l'infraction formelle, cette dernière se consommant exclusivement par le comportement. Par conséquent, chaque fois que la survenance en France du résultat redouté permet de localiser une infraction formelle sur le territoire de la République, le rattachement ne s'effectue pas par le résultat de l'infraction, mais par les effets de celle-ci.

2 – La caractérisation dégressive des effets

299.- Le résultat redouté par le législateur est un outil redoutable en termes de répression de l'infraction formelle, dans la mesure où sa réalisation est indifférente au stade de la consommation, mais sert de référence au titre de la localisation. Et les

formelles, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 849. Sur le caractère éventuellement complexe du délit : MAYAUD, « Le risque causé à autrui, infraction complexe ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 575, ss. *Crim.*, 3 avr. 2001.

⁷¹¹. Élément matériel auquel vient toujours s'ajouter un élément moral, et parfois se greffer une condition préalable ou un préjudice.

⁷¹². En d'autres termes, le résultat redouté relève de l'élément légal de l'infraction, alors que le résultat constitutif renvoie à l'élément matériel de celle-ci. Le premier se retrouve dans toutes les infractions, matérielles comme formelles, alors que le second n'intervient que dans les infractions matérielles.

⁷¹³. WAGNER, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009. Selon l'auteur, les effets de l'infraction se réduisent même au résultat redouté de l'infraction formelle.

exemples d'infractions formelles reliées au sol national par leurs effets sont nombreux. Le plus célèbre réside dans la contrefaçon (*C. propr. intell.*, art. L. 335-2), infraction à l'origine de la consécration légale de l'admission jurisprudentielle des effets comme critère de localisation. Consommée par la fabrication illégale d'une œuvre, la contrefaçon peut néanmoins être localisée par l'atteinte aux droits d'auteurs⁷¹⁴ qui s'ensuit. De même, la pollution des eaux fluviales (*C. envir.*, art. L. 432-2), consommée par le déversement de substances toxiques dans un cours d'eau⁷¹⁵, mais pouvant être localisée aussi par l'atteinte au milieu biologique nécessaire à la vie des poissons⁷¹⁶.

Les effets d'une infraction qui se manifestent en France peuvent servir de critère de localisation, non seulement lorsqu'ils représentent de simples circonstances

⁷¹⁴. Crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944, *Bull. crim.* n° 41 ; Paris, 30 mars 1987, *JCP G* 1988, II, 20965, Bouzat ; Dijon, 12 janv. 1990, *Juris-Data* n° 1990-413371 ; Crim., 26 avr. 1990, n° 88-83.762, *Bull. crim.* n° 160 ; Crim. 6 juin 1991, n° 90-80.755, *Bull. crim.* n° 240, *D.* 1993, p. 86, Colombet ; Crim., 29 janv. 2002, n° 01-83.122, *Bull. crim.* n° 13. *Adde* : Crim., 5 oct. 1967, n° 66-94.001, *Bull. crim.* n° 240 ; Crim., 30 mars 1994, n° 93-80.762, *Bull. crim.* n° 128. Cependant, pour une contrefaçon de brevet : Crim., 19 juin 2007, 06-88.165, *Bull. crim.* n° 166.

⁷¹⁵. L'incrimination légale de la pollution des eaux fluviales a connu une évolution, pour passer d'une nature formelle à une structure matérielle. Dans un premier temps, l'article 25 de la loi du 15 avril 1829, puis l'article 434 de l'ancien Code rural, réprimaient le jet de toute substance « *de nature à* » détruire le poisson. L'infraction était donc formelle, car exigeait uniquement un comportement de déversement. Dans un second temps, à compter de l'ordonnance du 3 janvier 1959 (Ord., n° 59-25, 3 janv. 1959, *JO* 6 janv.), l'article 434-1 de l'ancien Code rural, puis l'article L. 232-2 du nouveau Code rural, et enfin l'article L. 432-2 du Code de l'environnement, répriment le déversement de substances qui « *ont détruit* » le poisson. L'infraction est donc matérielle, car exige à la fois un comportement de déversement, et un résultat de destruction. Cependant, l'interprétation jurisprudentielle de la pollution des eaux fluviales n'a pas suivi la même évolution. Sa conception formelle de la pollution des eaux fluviales a perduré bien après 1959, alors même que l'article 434-1 de l'ancien Code rural consacrant le caractère matériel était entré en vigueur : Crim., 11 juin 1953, *D.* 1953, p. 589 ; Crim., 27 janv. 1954, *Bull. crim.* n° 38 ; Crim., 30 mars 1954, *D.* 1954, p. 455, Golléty ; Crim., 14 févr. 1963, *Bull. crim.* n° 80, *D.* 1963, p. 586 ; Crim., 16 oct. 1963, *Bull. crim.* n° 283, *S.* 1964, 1, p. 89, Rérole ; Crim., 28 mai 1975, n° 74-93.247, *Bull. crim.* n° 137 ; Douai, 25 févr. 1977, *Rev. jur. env.* 1977, p. 185 et 317, Littmann-Martin ; Crim., 23 févr. 1983, n° 81-93.729, *Bull. crim.* n° 65 ; Crim., 15 mars 1988, n° 87-83.428, inédit, *Rev. jur. env.* 1988, p. 479. Ce n'est qu'à partir des années 1990 que la Cour de cassation se rallie à la structure matérielle : Crim., 19 févr. 1991, n° 90-81.695, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 203, Robert. Sur le hiatus entre la loi et la jurisprudence concernant la configuration matérielle ou formelle de la pollution des eaux fluviales : JAWORSKI, *Juris-Classeur Environnement et développement durable*, Fasc. 626, Répression de la pollution des eaux, n° 18.

⁷¹⁶. Crim., 15 nov. 1977, n° 77-90.089, *Bull. crim.* n° 352, *Rev. sc. crim.* 1978, p. 627, Vitu. A la date des faits, la jurisprudence retenait encore une conception formelle de la pollution des eaux fluviales, de sorte qu'il s'agit d'une infraction formelle localisée à partir de ses effets. Quand bien même la jurisprudence retiendrait, déjà à l'époque des faits, une conception matérielle de la pollution des eaux fluviales, il s'agit d'une infraction formelle localisée à partir de ses effets. A supposer que, le déversement de la substance toxique en Belgique et la destruction des poissons en Belgique, incarnent respectivement le comportement et le résultat de l'infraction, la destruction des poissons en France, dans un autre cours d'eau, ne constitue qu'un effet de l'infraction, la destruction s'étant propagée de la Belgique vers la France en suivant le cours naturel de l'eau. C'est toute la différence entre la réalisation du résultat, et la situation immuable et infinie consécutive à la réalisation du résultat. Il est possible de retrouver une telle distinction dans le meurtre, entre le résultat de mort, qui correspond au passage instantané de la vie à la mort sous l'effet des coups, et l'effet de mort, qui correspond à l'état infini de mort perdurant après le résultat de mort.

factuelles, mais également lorsqu'ils constituent en eux-mêmes une infraction autonome. Par exemple, une association de malfaiteurs⁷¹⁷ (*C. pén.*, art. 450) organisée depuis l'étranger, débouchant sur la réalisation en France des infractions projetées, est réputée commise sur le territoire de la République⁷¹⁸. Une telle solution représente ni plus ni moins le pendant des décisions rencontrées en matière de condition préalable⁷¹⁹. En présence de deux infractions entretenant des relations de dépendances, la jurisprudence localise l'ensemble sur le territoire de la République, dès lors qu'une seule a lieu en France⁷²⁰. Selon que l'infraction réalisée sur le sol national incarne l'infraction source ou l'infraction conséquence, la localisation s'effectue à partir de la condition préalable ou des effets. Que ce soit par la condition préalable ou les effets, le rattachement territorial est doublement condamnable, non seulement par son critère, puisé hors de la consommation, mais également par son fondement, tiré aléatoirement de la connexité, de l'indivisibilité ou de l'extension de territorialité.

300.- Les effets fournissent à l'infraction formelle un critère de localisation, certes supplémentaires, mais surtout tentaculaire, la jurisprudence retenant une appréciation particulièrement extensive de ces derniers, comme le montre un arrêt rendu le 4 février 2004⁷²¹. En l'espèce, un individu est poursuivi du chef d'enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique, en vue de leur diffusion (*C. pén.*, art. 227-23, al. 1), au motif que des cassettes pornographiques le mettant en scène avec des jeunes filles mineures ont été retrouvées à son domicile, et que ce dernier a conclu un contrat d'exclusivité avec une société de distribution de cassettes pornographiques. Les cassettes ont été enregistrées à l'étranger, mais le contrat a été signé en France, de sorte que le Cour de cassation a réputé l'infraction commise sur le territoire de la République,

⁷¹⁷. L'association de malfaiteurs n'est pas une infraction formelle, mais une infraction obstacle, structure qui permet d'avancer encore d'un cran l'intervention de la répression, dans la mesure où, non seulement la survenance effective du résultat redouté n'est pas exigée, mais de surcroît la connaissance précise du résultat redouté n'est pas non plus nécessaire. Transposé à l'association de malfaiteurs, cela implique que l'infraction est caractérisée par la simple entente en vue de commettre des infractions, peu importe que les infractions soient ou non réalisées après l'entente, et peu importe que les infractions soient identifiées lors de l'entente. Les infractions perpétrées consécutivement à l'entente sont donc bien des effets de l'association de malfaiteurs.

⁷¹⁸. CE, 9 déc. 1994, *D.* 1995, p. 183, Julien-Laferrière.

⁷¹⁹. *Supra*, n° 245.

⁷²⁰. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, Cujas, 2006.

⁷²¹. Crim., 4 févr. 2004, n° 03-81.984, *Bull. crim.* n° 32 ; *AJ Pénal* 2004, p. 157, Pitoun, *D.* 2005, p. 621, Malabat, *Dr. pén.* 2004, comm. 80, Véron, *Gaz. Pal.* 2004, 3, p. 3237, Monnet, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 633, Fortis, *ibid.* 2004, p. 639, Mayaud.

« des actes [ayant] été effectués en France en vue de la diffusion des cassettes pornographiques enregistrées en Thaïlande ». Si la consommation de l'infraction ne fait aucun doute, en revanche la localisation de cette dernière engendre quelques réserves.

La caractérisation de l'infraction prévue à l'article 227-23 alinéa 1 du Code pénal est incontestable. L'acte d'enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique est démontré par l'existence, mais surtout le contenu, des cassettes vidéo, et l'objectif de diffusion est attesté par la signature du contrat d'exclusivité avec une société de diffusion. La preuve de l'objectif de diffusion est aussi indispensable que celle de l'acte d'enregistrement, dans la mesure où la consommation d'une infraction formelle n'exige certes pas que le comportement débouche concrètement sur le résultat redouté, mais néanmoins que le premier tende vers le second. C'est d'ailleurs là toute la nuance entre une infraction formelle et une infraction obstacle. Dans l'infraction formelle, le comportement est dispensé d'aboutir au résultat redouté, mais est obligé d'entretenir avec ce dernier une relation de causalité. Alors que dans l'infraction obstacle, le comportement est exempté des deux⁷²². Le contrat de diffusion semble manifestement être un élément central, la Cour de cassation l'exploitant, non seulement pour remplir une condition de la consommation, mais également pour servir de critère de localisation.

La localisation en France du délit en cause est quant à elle plus contestable. Tous ses éléments constitutifs sont bien réunis, mais à l'étranger. L'enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, constitue indéniablement une infraction formelle, consommée par l'enregistrement à lui seul, enregistrement qui a lieu en Thaïlande. Certes, il est de jurisprudence bien établie qu'une infraction formelle peut être localisée en France à partir de ses effets, lorsque ces derniers se déroulent sur le territoire de la République. C'est le critère de localisation que semble retenir la Cour de cassation, en s'appuyant sur le contrat de diffusion conclu sur le sol national. Cependant, dans toutes les décisions recensées, l'infraction formelle est invariablement rattachée à partir d'un effet en particulier, celui correspondant à la réalisation effective du résultat redouté. Dans le délit en cause, le résultat redouté est la diffusion d'images de mineurs à caractère pornographique, l'enregistrement de telles images devant être effectué « en vue de leur diffusion ». Or, en l'espèce, il n'y a pas eu diffusion, le contrat de diffusion n'ayant pas reçu exécution. Par conséquent, la

⁷²². Sur ce point : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 222, n° 205.

jurisprudence ne ferme pas le critère de localisation de l'infraction formelle à son résultat redouté, mais l'ouvre à son résultat matériel, c'est-à-dire à la simple modification du monde extérieur consécutive au comportement. Il s'agit aussi d'un effet de l'infraction, mais relié à cette dernière avec moins d'intensité.

La solution, comme souvent en matière de localisation, est guidée par l'opportunité, la signature du contrat de diffusion en France incarnant l'unique possibilité de rattachement au territoire de la République. D'une part, l'enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, ne pouvait pas être poursuivi en vertu d'un autre chef de compétence. La nationalité française de l'auteur de l'infraction ne permettait même pas d'envisager la compétence personnelle active (*C. pén.*, art. 113-6), les conditions de cette dernière n'étant pas réunies. Cette compétence est notamment subordonnée à la réciprocité d'incriminations posée à l'article 113-6 du Code pénal, mais l'enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, n'est pas réprimé en Thaïlande. Certes, la loi du 17 juin 1998⁷²³ a inséré l'article 227-27-1 du Code pénal, qui dispose que « *dans le cas où les infractions prévues par les articles 227-22, 227-23 ou 227-25 à 227-27 sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* ». Cependant, la loi n'était pas encore entrée en vigueur à l'époque des faits, et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère (*C. pén.*, art. 112-1) empêchait son application au moment des poursuites. D'autre part, l'extension de territorialité ne pouvait pas s'appliquer à un autre chef de poursuite. La signature du contrat de diffusion aurait pu caractériser une tentative de diffusion, mais à l'époque des faits, si la diffusion d'images de mineurs à caractère pornographique (*C. pén.*, art. 227-23, al. 2) était bien réprimée, en revanche la tentative de diffusion n'était pas punissable. Cette dernière n'est prévue que depuis la loi du 21 juin 2004⁷²⁴, et figure désormais à l'article 227-23 alinéa 6 du Code pénal. La présence des cassettes vidéo aurait pu quant à elle caractériser la détention d'images de mineurs à caractère pornographique, mais l'infraction n'existait pas à l'époque des faits. Cette dernière n'est créée qu'avec la loi du 4 mars 2002⁷²⁵, et figure désormais à l'article 227-23 alinéa 4 du Code pénal. Au

⁷²³. L. n° 98-468, *JO* 18 juin et 12 juill.

⁷²⁴. L. n° 2004-575, 21 juin 2004, *JO* 22 juin.

⁷²⁵. L. n° 2002-395, 4 mars 2002, *JO* 5 mars.

regard des ces considérations, l'enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, et l'extension de territorialité incarnaient les seuls fondements permettant de retenir la compétence des juridictions françaises, et donc d'éviter l'impunité de l'auteur des faits reprochés. Un tel constat confirme le sentiment selon lequel, en matière de localisation, le juge contourne la loi, puis la loi se conforme au juge. Malheureusement, les solutions vont toujours un peu plus loin dans l'artifice. Dans l'arrêt du 4 février 2004, afin de palier aux lacunes de la législation, la jurisprudence exploite une nouvelle fois l'extension de territorialité, retenant un critère de localisation dont la prise en compte est en soit contestable, mais dont la mise en œuvre l'est encore plus. La motivation de la Cour de cassation est symptomatique des décisions relatives à la localisation : à vouloir justifier un artifice de localisation, la jurisprudence porte atteinte à la consommation.

Chapitre II – Les résonances néfastes sur la consommation

301.- Le constat est récurrent au point de paraître redondant, tout ce qui fournit un avantage pour la localisation se traduit par des inconvénients pour la consommation, et la prise en compte des effets de l'infraction comme critère de rattachement territorial ne fait pas exception à la règle. De prime abord, les effets semblent échapper à la critique, ceux-ci ne véhiculant pas la problématique renfermée par la condition préalable, qui s'éloigne des effets par son antériorité à l'infraction, mais se rapproche des premiers par son extériorité à la seconde. Depuis l'émergence de son concept, la condition préalable se situe au cœur d'une controverse touchant son existence même : la condition préalable est-elle véritablement une condition préalable, ou simplement un élément constitutif ? Un tel débat trouve un écho particulier en matière de localisation, dans la mesure où la prise en compte de la condition préalable comme critère de rattachement territorial de l'infraction, critère qui gagnerait à se limiter aux composantes de l'infraction, pose légitimement la question de la place de la condition préalable par rapport à celle-ci : avant, auquel cas il s'agit bien d'une condition préalable, ou dedans, auquel cas il s'agit alors d'un élément constitutif. Les effets ne connaissent pas les difficultés de positionnement rencontrés par la condition préalable. Si la notion même d'effets de l'infraction conserve quelques zones d'ombre, en revanche la position des effets par rapport à l'infraction demeure claire. Les effets ne font pas partie de l'infraction, pour en incarner la conséquence, postérieure et extérieure. C'est pourquoi, la prise en compte des effets comme critère de localisation, si elle ne peut pas être approuvée, ne semble pas pour autant devoir être analysée comme la marque de l'intégration des effets à l'infraction. Toutefois, la démarcation entre les effets et l'infraction est ébranlée par la localisation, et ce de deux façons. A travers le temps, d'une part, en supposant que l'infraction dure plus longtemps (Section I). Au regard du nombre, d'autre part, en induisant que l'infraction gagne un composant (Section II).

Section I – L'étirement du temps

302.- Le recensement, qui ne prétend pas être exhaustif, des infractions rattachées au territoire de la République à travers leurs effets, révèle que ces dernières ne sont jamais continues, mais toujours instantanées. Le constat n'a rien de surprenant, dans la mesure où une infraction continue, de part son comportement qui se prolonge dans le temps, et donc se propage dans l'espace, peut aisément être localisée en France, ce qui n'est pas le cas de son opposée l'infraction instantanée, qui se réduit à un moment très court donc se concentre dans un lieu unique. En quelque sorte, faute de pouvoir puiser un comportement qui perdure, la jurisprudence s'appuie sur les effets qui persistent. Dès lors, en essayant de recréer l'omniprésence de l'infraction continue (§ I), les décisions relatives à la localisation reconnaissent l'existence de l'infraction permanente (§ II).

I – L'ubiquité convoitée de l'infraction continue

303.- La durée continue d'une infraction présente de nombreux intérêts en termes de répression, et notamment en matière de localisation, pour offrir une emprise maximale aux possibilités de rattachement territorial. Afin de profiter des avantages de la durée commandée par la consommation (A), la jurisprudence élabore des artifices de durée à des fins de localisation (B).

A – Les avantages de la durée prévue par la consommation

304.- L'infraction continue fait l'objet d'une définition aussi restrictive (1), que sa localisation est extensive (2).

I – La définition restrictive

305.- Les développements qui précèdent ont montré que l'élément matériel d'une infraction est loin d'être uniforme. D'abord, le nombre de composantes est changeant, selon que le comportement doit ou non être suivi d'un résultat, ou que le comportement exige un ou plusieurs actes. De plus, sa nature est multiple, selon que le ou les actes

doivent être différents ou identiques, renvoient à une action, une omission, ou les deux. Enfin, sa durée est variable, pour s'inscrire plus ou moins dans le temps. L'infraction continue correspond logiquement aux infractions dont la matérialité perdure⁷²⁶. Simple à appréhender à première vue, l'infraction continue se voit pourtant régulièrement confondue avec deux autres infractions, l'infraction instantanée et l'infraction successive.

Il peut sembler très incongru de se méprendre entre une infraction continue et une infraction instantanée, tant ce qui dure est aisément dissociable de ce qui ne dure pas. L'infraction continue renferme une matérialité qui perdure, par opposition à l'infraction instantanée, dont la matérialité est au contraire réduite à un instant très court, où commencement et fin se confondent⁷²⁷. Cependant, la différence entre les deux infractions peut s'avérer subtile, dans la mesure où l'existence d'une durée n'est pas synonyme d'infraction continue, et l'absence de durée n'est pas un obstacle à l'infraction continue. En premier lieu, l'existence d'une durée n'est pas synonyme d'infraction continue : tout dépend de ce qui se prolonge dans le temps. En effet, une infraction est continue uniquement par sa consommation, une fois qu'elle a commencé, jusqu'à ce qu'elle soit achevée. Dès lors, tout ce qui s'inscrit dans le temps avant son commencement, ou après son achèvement, ne relève pas de la continuité au sens du droit pénal. En amont, même si l'exécution se prolonge, l'infraction n'a pas encore commencé, par conséquent cette durée ne peut pas être considérée comme de la continuité. C'est la raison pour laquelle le vol (*C. pén.*, art. 311-1) est une infraction instantanée, quand bien même l'auteur s'emploie des heures à ouvrir la porte du coffre fort ou à vider le contenu d'une maison. Pareillement, l'escroquerie (*C. pén.*, art. 313-1) est une infraction instantanée, alors même qu'il s'écoule des jours entre la tromperie de

⁷²⁶. Sur l'infraction continue : DONNIER, « Les infractions continues », *Rev. sc. crim.* 1958, p. 749 ; ESMEIN, « Y a-t-il des infractions continues ? », *RID pén.* 1924, p. 111 ; GARÇON, « Etudes sur les délits continus et successifs », *Journal du ministère public et du droit criminel* 1914, p. 97 ; LUCAZEAU, « Le temps en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 521 ; ORTOLAN, « Les délits continus », *RCLF* 1854, IV, p. 336 ; PERREAU, *De la notion du délit continu en doctrine et en jurisprudence*, Travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris, 1924, p. 259 ; PINATEL, *L'élément matériel de l'infraction dans la criminologie et les sciences de l'homme*, Travaux du colloque de sciences criminelles de Toulouse, 1969, p. 39 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1967, p. 141, n° 217.

⁷²⁷. Sur la distinction : BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 210, n° 216 ; CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 108, n° 230 ; DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 162 ; DESPORTES et LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 395, n° 341 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 203, n° 189 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science*

l'auteur et la remise par la victime. En aval, si les répercussions perdurent, l'infraction est déjà achevée, par conséquent cette durée ne peut pas non plus être comptabilisée comme de la continuité. Ainsi, le meurtre (C. pén., art. 221-1) est une infraction instantanée, et pourtant la mort de la victime ne cessera jamais. En second lieu, l'absence de durée n'est pas un obstacle à l'infraction continue, tout repose sur la vocation de la consommation à durer. Le Professeur Yves MAYAUD l'explique parfaitement en ces termes : « *L'infraction est continue lorsque l'action ou l'omission qui en caractérise la matérialité est susceptible de se manifester inchangée dans le temps, pour être reconductible à l'infini. C'est cette vocation à durer qui fait la continuité, et non pas la durée effective, l'infraction, dans sa consommation réelle, pouvant en effet se réduire à une ponctualité sans perdre son caractère continu. Le critère est donc une référence abstraite, étant lié à ce qui est le reflet, moins d'un constat, que d'une conception* »⁷²⁸. C'est la raison pour laquelle le recel (C. pén., art. 321-1) est une infraction continue, quel que soit le temps de la détention de la chose, quelques secondes ou des années.

Il peut paraître moins surprenant de mélanger infraction continue et infraction successive, toutefois la distinction entre les deux n'en demeure pas moins réelle. D'une part, la confusion provient du fait qu'une infraction dont la consommation se prolonge dans le temps n'a pas toujours porté le nom d'infraction continue. Ce que le droit pénal désigne aujourd'hui comme une infraction continue, était dénommé autrefois infraction successive⁷²⁹. L'infraction continue ne deviendra l'opposé de l'infraction instantanée qu'à l'issue d'un long effort doctrinal, initié par le Professeur Emile GARÇON⁷³⁰. D'autre part, la confusion perdure par le fait que certains auteurs contemporains considèrent encore les deux infractions comme synonymes⁷³¹, alors que l'infraction successive renvoie moins à une infraction continue qu'à une infraction continuée. Cette

criminelle, Droit pénal général, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 621, n° 490 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 319.

⁷²⁸. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 207, n° 193.

⁷²⁹. PERREAU, *De la notion du délit continu en doctrine et en jurisprudence*, Travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris, 1924, p. 259 ; SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2009, p. 345, n° 471 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1967, p. ..., n° 379.

⁷³⁰. GARÇON, « Etudes sur les délits continus et successifs », *Journal du ministère public et du droit criminel* 1914, p. 99.

⁷³¹. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 210, n° 216 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 621, n° 490.

dernière correspond à la réitération à l'identique de la même infraction, par le même auteur, et dans un même but⁷³², que la jurisprudence ne traite pas comme autant de délits autonomes, mais comme une infraction unique⁷³³. Le qualificatif successif, s'il renferme bien une idée de durée, reflète plus la continuité fictive de plusieurs infractions qui se suivent, que la continuité réelle d'une seule infraction qui perdure.

L'infraction continue répond donc à une définition précise, qui en fait une catégorie ciblée⁷³⁴. Si elle semble probablement moins représentée que l'infraction instantanée, en revanche elle est assurément plus répressive, la durée de la consommation présentant de nombreux avantages en matière de prescription, de conflit de lois dans le temps, et bien sûr de localisation dans l'espace.

2 – La localisation extensive

306.- Les exemples d'infractions continues localisées en France ne manquent pas. Le recel (*C. pén.*, art. 321-1)⁷³⁵ figure évidemment dans la liste, mais aussi la soustraction de mineur (*C. pén.*, art. 227-7)⁷³⁶, la détention de stupéfiants (*C. pén.*, art. 222-37)⁷³⁷, l'espionnage (*C. pén.*, art. 411-1)⁷³⁸, l'association de malfaiteurs (*C. pén.*,

⁷³². L'infraction continuée ne se confond pas pour autant avec l'infraction d'habitude. Dans l'infraction continuée la répétition touche l'infraction dans son entier, alors que dans l'infraction d'habitude, la répétition porte sur un acte, donc une partie seulement de l'infraction. Sur la distinction : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 215, n° 198.

⁷³³. Sur l'infraction continuée : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 215, n° 199 ; PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976, p. 233 ; SOLNAR, « La notion d'infraction continuée sur la base du droit pénal comparé », *Mélanges Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 329 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1967, p. 343, n° 409 ; VARINARD, *La prescription de l'action publique, sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse Lyon, 1973, p. 210, n° 229.

⁷³⁴. Constituent des infractions continues : la séquestration (*C. pén.*, 224-1), le proxénétisme par non justification de ressources (*C. pén.*, art. 225-6, 3°), l'hébergement contraire à la dignité de la personne (*C. pén.*, art. 225-14), la conservation d'un enregistrement de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel (*C. pén.*, art. 226-2), la conservation de données informatiques (*C. pén.*, art. 226-19), la soustraction de mineur (*C. pén.*, art. 227-7), la détention d'images de mineurs à caractère pornographique (*C. pén.*, art. 227-27, al. 4), le recel (*C. pén.*, art. 321-1), le port illégal de décoration (*C. pén.*, art. 433-14), la publicité en faveur du tabac (*C. santé publ.*, art. L. 3511-3), le marchandage (*C. trav.*, art. L. 8231-1 et L. 8234-1).

⁷³⁵. Crim., 12 juill. 1850, *Bull. crim.* n° 219 ; Crim., 10 août 1878, *S.* 1878, p. 385 ; Aix-en-Provence, 11 févr. 1986, *Juris-Data* n° 1986-045465 ; Crim., 1^{er} oct. 1986, n° 84-94.124, *Bull. crim.* n° 262, *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 745, Bayet, *Rev. sc. crim.* 1988, p. 93, Bouzat ; Crim., 15 janv. 1990, n° 86-96.469, *Bull. crim.* n° 22.

⁷³⁶. Crim., 23 févr. 2000, n° 99-84.739, *Bull. crim.* n° 83, *Dr. fam.* 2000, comm. 93, Rebut, *Dr. pén.* 2000, comm. 83, Véron, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 608, Mayaud, *ibid.* 2000, p. 815, Bouloc.

⁷³⁷. Crim., 13 mai 1971, n° 70-92.059, *Bull. crim.* n° 157.

⁷³⁸. Crim., 27 juill. 1933, *D.* 1933, 1, p. 159, *S.* 1935, 1, p. 38.

art. 450-1)⁷³⁹, le port d'arme prohibé (*C. sécurité int.*, art. L. 312-1)⁷⁴⁰, ou encore l'affiliation à une congrégation religieuse non autorisée (*L. 1^{er} juill. 1901*)⁷⁴¹.

S'il est une infraction qui suscite l'unanimité quant à sa localisation en France, dès lors qu'une parcelle de son élément matériel est réalisée sur le territoire de la République, c'est l'infraction continue. Cette dernière se consommant sur la durée, du moment où elle se manifeste jusqu'à ce qu'elle cesse, l'infraction se consomme dans chaque pays où passe l'auteur⁷⁴², et notamment en France si, à un moment quelconque, l'auteur traverse ou demeure sur le territoire français⁷⁴³. Du fait de cette consommation ininterrompue, c'est d'ailleurs la seule infraction dont le critère de localisation coïncide toujours avec le moment de la consommation⁷⁴⁴, quelle que soit la portion d'élément matériel servant de rattachement au sol national⁷⁴⁵.

L'infraction continue rassemble la doctrine, non seulement sur son critère de rattachement territorial, mais également sur le fondement de sa localisation, les auteurs considérant que l'infraction ne doit pas être considérée comme partiellement commise sur le territoire de la République, au regard de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, mais comme intégralement commise sur le sol national, en vertu de l'article 113-2 alinéa 1 du même code⁷⁴⁶. Seule la justification varie. Pour les uns, une infraction continue

⁷³⁹. *Crim.*, 9 janv. 1913, *Bull. crim.* n° 11, *D.* 1914, 5, p. 13, *ibid.* 1917, 1, p. 99, *S.* 1913, p. 599 ; *Crim.*, 3 nov. 1970, n° 70-90.953, *Bull. crim.* n° 285, *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 183, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 702, Robert.

⁷⁴⁰. Pau, 25 sept. 1948, *JCP G* 1949, II, 4788, Laurent et Seignolle.

⁷⁴¹. *Crim.*, 25 juill. 1902, *D.* 1903, p. 67, *S.* 1903, p. 541.

⁷⁴². A ce titre, le Professeur Yves MAYAUD parle d'« *ubiquité dans l'espace* » de l'infraction continue : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 209, n° 194.

⁷⁴³. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1^e éd., 1971, p. 165 ; DESPORTES et LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 357, n° 392 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, Sirey, 3^e éd., p. 382, n° 561 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 325, n° 270 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 209, n° 194 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, n° 297 ; RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 236, n° 202.

⁷⁴⁴. Une telle correspondance tient uniquement à la configuration de l'infraction, et non à une quelconque sélection par la jurisprudence.

⁷⁴⁵. L'infraction continue renferme à la fois un avantage et un inconvénient en termes de localisation. Elle procure l'avantage de constamment faire coïncider le critère de rattachement au sol national avec le moment de la consommation de l'infraction. Contrairement à d'autres infractions, dont le critère de localisation est souvent artificiel, car puisé dans une composante quelconque de l'élément matériel, et non dans la dernière composante de celui-ci, dans l'infraction continue, le critère de localisation est toujours légitime. Mais cet avantage est à l'origine d'un inconvénient, qui est de constamment faire coïncider le moment de la consommation de l'infraction avec le critère de rattachement de chaque pays concerné. Paradoxalement, c'est donc dans l'hypothèse où le lien entre une infraction et la France est le plus fort, que le risque de conflits positifs de compétence est le plus grand.

⁷⁴⁶. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1^e éd., 1971, p. 165 ; DESPORTES et LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011, p. 357, n° 392 ; LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 325, n° 270 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013,

dont l'élément matériel se propage en France et à l'étranger, constitue une seule et même infraction totalement réalisée dans chaque Etat concerné, donc l'infraction est totalement réalisée en France⁷⁴⁷. Pour les autres, une infraction continue dont l'élément matériel se propage en France et à l'étranger, constitue plusieurs infractions, chacune totalement réalisée dans l'Etat concerné, donc l'une des infractions est totalement réalisée en France⁷⁴⁸. Cependant, aucun des arguments avancés n'est recevable. D'une part, la portion de consommation en France ne fait en rien disparaître le reste de la consommation à l'étranger, si bien que l'infraction continue conserve sa part d'extranéité. D'autre part, le passage d'une frontière n'a jamais eu pour conséquence de scinder une infraction en plusieurs infractions, de sorte que l'infraction continue conserve son unité. Par conséquent, une infraction continue dont l'élément matériel se propage en France et à l'étranger, constitue une seule et même infraction partiellement réalisée en France, qui doit être réputée commise sur le territoire de la République, la portion consommée sur le sol national incarnant le fait constitutif requis par l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal.

Quand bien même la consommation prolongée de l'infraction continue ne permet pas de considérer cette dernière comme totalement commise sur le territoire de la République, elle fournit un lien de rattachement partiel infaillible au sol national. Et c'est cette continuité que la jurisprudence cherche à recréer en présence d'infractions dont la structure n'est pas continue, mais instantanée.

B – Les artifices de durée produits par la localisation

307.- Le caractère continu d'une infraction est inhérent à la consommation de cette dernière. En droit pénal, ne constitue une infraction qui se prolonge, que celle dont le début et la fin de la consommation peuvent être espacés dans le temps. La vocation de la consommation à pouvoir durer est immuable. Une infraction n'est pas continue au gré des circonstances de fait, une infraction est continue en vertu d'un texte de loi. La nature continue d'une infraction est indiquée par le législateur à travers le terme employé pour

p. 209, n° 194 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 400, n° 297 ; RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 236, n° 202.

⁷⁴⁷. Au même titre que l'infraction est totalement réalisée dans tous les autres Etats concernés.

décrire l'action ou l'omission prohibée⁷⁴⁹, et si nécessaire, précisée par la jurisprudence⁷⁵⁰. Cette même jurisprudence, censée délivrer la durée d'une infraction au regard de la volonté du législateur, est amenée à transformer cette même durée pour les besoins de la localisation. Confrontée à une infraction instantanée totalement réalisée à l'étranger, la jurisprudence n'hésite pas à lui annexer une durée en dehors de sa consommation, permettant ainsi de la rattacher au territoire de la République. Cette continuité artificielle est générée par deux procédés, consistant à avancer le commencement de l'infraction (1), ou à retarder l'achèvement de celle-ci (2).

1 – Le commencement avancé

308.- La première façon d'insuffler de la continuité à une infraction, pour suppléer celle qui n'existe pas au titre de la consommation, déjà dénoncée dans les développements qui précèdent⁷⁵¹, consiste à puiser le critère de localisation dans l'exécution de l'infraction, et plus exactement dans le premier acte d'une infraction composite. Normalement, la durée d'exécution n'interfère pas dans la détermination de la durée d'une infraction, dans la mesure où la durée d'une infraction, basée sur la consommation, ne débute qu'à compter du moment où la consommation apparaît. Cependant, en fixant le rattachement territorial dans le premier acte d'une infraction composite, donc en conférant des conséquences répressives à ce dernier, la jurisprudence fait comme si la consommation débutait dès le premier acte du comportement, alors que normalement la consommation n'intervient qu'à l'acte suivant en cas d'infraction formelle, voire au résultat en cas d'infraction matérielle. Sous couvert de localisation, l'infraction se voit donc dotée d'une durée supplémentaire, à compter du premier acte du comportement. Cette continuité artificielle annexée en amont de la consommation, ne se rencontre que dans les infractions composites, mais se retrouve dans toutes les infractions lorsqu'elle est créée en aval de la consommation.

⁷⁴⁸. Au même titre que chaque autre infraction est totalement réalisée dans chaque Etat concerné.

⁷⁴⁹. Par exemple, le verbe « détenir » implique une certaine durée. Par conséquent, toutes les infractions incriminant un acte de détention, revêtent un caractère continu.

⁷⁵⁰. L'interprétation de la jurisprudence s'avère parfois surprenante. Par exemple, la soustraction, selon qu'elle porte sur un objet ou sur une personne, confère une durée différente à l'infraction. Le vol (*C. pén.*, art. 311-1), définit comme la soustraction d'une chose, est une infraction instantanée, alors que la soustraction de mineur (*C. pén.*, art. 227-7), est une infraction continue.

⁷⁵¹. *Supra*, n° 142.

2 – L'achèvement retardé

309.- La seconde manière d'injecter de la continuité dans une infraction, pour compenser celle qui n'existe pas au titre de la consommation, consiste cette fois à puiser le critère de localisation dans les répercussions de l'infraction, c'est-à-dire dans ses effets. Normalement, la durée des effets n'intervient pas dans la détermination de la durée d'une infraction, dans la mesure où la durée d'une infraction est basée sur la consommation, et donc a déjà pris fin lorsque les effets débutent. Cependant, en fixant le rattachement territorial dans les effets d'une infraction quelle qu'elle soit, donc en conférant des conséquences répressives à ces derniers, la jurisprudence fait comme si la consommation se prolongeait avec les effets. Sous couvert de localisation, l'infraction se voit donc dotée d'une durée supplémentaire, à travers les effets de l'infraction.

Cette continuité factice annexée en aval de la consommation, est encore plus pernicieuse que celle fabriquée en amont, et ce pour deux raisons. D'une part, la continuité est créée à partir d'une circonstance totalement extérieure à la consommation. Lorsque la continuité est créée à partir de l'exécution de l'infraction, en puisant le critère de localisation dans le premier acte du comportement, cet acte non punissable à lui seul contribue toutefois à la consommation, son association à l'acte suivant permettant la formation du comportement. La durée artificielle de l'infraction résulte donc d'un acte, certes insuffisant, mais néanmoins indispensable pour la consommation. Mais lorsque la continuité est créée à partir des répercussions de l'infraction, en puisant le critère de localisation dans ses effets, ces derniers sont totalement neutres dans la formation de l'infraction, et pour cause, celle-ci est déjà formée. La durée artificielle de l'infraction réside donc dans une circonstance indifférente pour la consommation. D'autre part, la continuité ainsi créée passe souvent pour véritable, tant il est difficile de distinguer entre la durée de la consommation d'une infraction continue, et la durée des effets d'une infraction instantanée⁷⁵². L'exemple du meurtre (*C. pén.*, art. 221-1) est significatif à cet égard, le premier réflexe d'un profane étant de ranger ce crime dans la catégorie des infractions continues, ce dernier ignorant la distinction subtile entre le passage de la vie à la mort, très rapide, qui marque le moment de la consommation, et

⁷⁵². Dans le premier cas, la durée est un procédé de consommation, alors que dans le second cas, la durée est une conséquence de la consommation.

l'état de mort, infini, qui perdure après la consommation. Nonobstant ses travers, ce procédé consistant finalement à traiter une infraction instantanée comme une infraction continue, n'est pas totalement inconnu du droit pénal, pour renvoyer au concept controversé d'infraction permanente.

II – L'utilité consacrée de l'infraction permanente

310.- L'infraction permanente représente en quelque sorte une infraction intermédiaire, à cheval entre l'infraction instantanée et l'infraction continue. Cette catégorie d'infraction est présentée comme purement doctrinale, ne faisant l'objet d'aucune reconnaissance, que ce soit légale ou jurisprudentielle. Pourtant, en puisant dans les effets durables d'une infraction ce qu'elle ne peut pas obtenir de la consommation furtive de celle-ci, la jurisprudence relative à la localisation semble bien faire appel à la notion, dont le recours évident (B) efface le rejet apparent (A).

A – Le rejet apparent

311.- L'infraction permanente est appelée de ses vœux par la doctrine, en raison de sa fonction nettement stratégique (1), mais semble ne pas avoir dépassé le souhait doctrinal, et demeurer une notion purement théorique (2).

1 – Une fonction stratégique

312.- L'infraction permanente⁷⁵³ peut schématiquement être définie comme une infraction affectée d'une nature instantanée par le législateur, qui se voit appliquer un

⁷⁵³. Sur l'infraction permanente : DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 163 ; DREYER, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2014, p. 411, n° 645 ; LARGUIER, « Un recul de l'infraction permanente », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 331 ; LEGAL, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 377, ss. Crim., 16 déc. 1970 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 213, n° 196 ; MAYER, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente », *D.* 1979, p. 23 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 476, n° 419 ; PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976, p. 229 ; TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1967, p. 312, n° 372 ; VARINARD, *La prescription de l'action publique, sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse Lyon, 1973, n° 172.

régime continu par la jurisprudence⁷⁵⁴. L'émergence de cette catégorie hybride d'infraction, à la nature et au régime opposés, s'est imposée comme une véritable nécessité aux yeux de la doctrine⁷⁵⁵, afin d'adapter la répression des infractions instantanées, enfermée dans une matérialité furtive, donc déconnectée des effets durables. Ce décalage est parfaitement expliqué par le Professeur Yves MAYAUD, de sorte qu'il est vain de tenter de le retranscrire autrement qu'en ses termes : « *Le constat a été fait d'une certaine inadaptation du délit instantané, qui connaît une répression trop abstraitement tournée vers sa matérialité, alors qu'elle gagnerait à être organisée par référence, moins à l'instantanéité de l'acte qui le consomme, qu'à ses retombées durables et profitables. Il n'est qu'à prendre l'exemple du vol⁷⁵⁶ pour s'en convaincre, dont la matérialité instantanée sert de fondement à la répression, dans une indifférence totale aux effets qui s'ensuivent. Et pourtant, la soustraction est pour le voleur, lorsqu'il conserve la chose à son usage, moins intéressante par sa réalisation que par ses effets. Il suffit qu'il ait le profit personnel du bien pendant des années, pour que cet avantage l'emporte sur la soustraction elle-même, accusant de la sorte un écart sensible entre la réalité juridique et la réalité criminologique⁷⁵⁷. Cela est d'autant plus vrai que la qualification de recel ne peut être en principe retenue contre l'auteur d'un vol, les deux infractions relevant d'une incompatibilité bien établie en jurisprudence⁷⁵⁸. On se trouve ainsi dans une situation dépendante, quant à la répression d'une matérialité peu significative, alors que les enjeux de la délinquance se manifestent ailleurs, dans les effets qui ont été recherchés, et pour le moins exploités⁷⁵⁹. C'est pour éviter ce hiatus entre le fait et le droit que la doctrine a proposé de suivre la logique de la continuité.*

⁷⁵⁴. L'infraction permanente est plus souvent définie comme une infraction consommée en un trait de temps, mais dont les effets subsistent par la force des choses. Cependant, une telle définition semble difficile à mettre en œuvre, dans la mesure où toutes les infractions sans exception, qu'elles soient instantanées ou continues, engendrent des effets qui perdurent dans le temps.

⁷⁵⁵. Toutefois, un auteur, loin de prôner sa nécessité, contestent son utilité : DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 163.

⁷⁵⁶. Concrètement, le vol est un délit instantané, qui se prescrit par trois ans à compter de la soustraction, de sorte que si l'action publique n'est pas mise en œuvre à l'intérieur de ce délai, l'auteur ne peut plus être poursuivi pour vol, quand bien même il conserverait la chose pendant plus de trois ans.

⁷⁵⁷. D'autres infractions sont concernées, comme notamment la violation du secret professionnel (*C. pén.*, art. 226-13), l'abandon de famille (*C. pén.*, art. 227-3), la bigamie (*C. pén.*, art. 433-20), l'usure (*C. consom.*, art. L. 313-5), la désertion (*C. just. milit.*, art. L. 321-2), ou la construction illicite (*C. urb.*, art. L. 480-4).

⁷⁵⁸. *Crim.*, 22 janv. 1948, *Bull. crim.* n° 26 ; *Crim.* 15 déc. 1949, *Bull. crim.* n° 350 ; *Crim.*, 6 juin 1979, n° 79-90.374, *Bull. crim.* n° 193. L'incompatibilité résulte du principe *non bis in idem*, qui interdit de juger deux fois le même fait.

⁷⁵⁹. Dans l'hypothèse où l'auteur du vol conserve la chose, certains auteurs ont proposé d'envisager le vol, non pas comme une infraction permanente (infraction à la consommation instantanée et au régime continu), mais

Proposition qui consiste à organiser la répression des infractions instantanées, non plus sur la ponctualité de leur consommation, mais sur la permanence de leurs effets »⁷⁶⁰.

2 – Une notion théorique

313.- En dépit des vertus qui lui sont prêtées, l'infraction permanente n'a pas dépassé le seuil du concept doctrinal, du moins c'est ainsi que cette catégorie hybride est présentée par les auteurs⁷⁶¹. Ces derniers regrettent que la jurisprudence n'opère aucune dissociation entre la consommation et la répression. Selon que l'infraction est instantanée ou continue, elle suit le régime correspondant concernant la prescription de l'action publique, l'amnistie, les conflits de lois dans le temps, l'autorité de la chose jugée, ou encore la compétence territoriale. Par conséquent, le point de départ du délai de prescription d'une infraction instantanée, pour ne prendre que cet exemple, court toujours à compter du jour du comportement ou du résultat qui consomme l'infraction, mais n'est jamais repoussé au jour où les effets de l'infraction cessent⁷⁶². D'aucuns rétorqueront que certaines infractions instantanées voient parfois le point de départ de leur délai de prescription repoussé à la date des effets de l'infraction. Cependant, chaque fois que c'est le cas, il ne s'agit pas d'une infraction instantanée que la jurisprudence soumet ponctuellement à la prescription de l'action publique d'une infraction continue,

comme une infraction continue (infraction à la consommation et au régime continu) : DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, 1922, p. 139.

⁷⁶⁰. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 213, n° 196.

⁷⁶¹. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 213, n° 196 ; MAYER, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente », *D.* 1979, p. 23. *Contra* : LARGUIER, « Un recul de l'infraction permanente », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 331.

⁷⁶². Cela ne signifie pas que le point de départ du délai de prescription d'une infraction instantanée ne peut jamais être retardé. Cependant, lorsqu'il est prononcé, le report du point de départ du délai de prescription n'est pas justifié par la volonté de prendre en compte les effets de l'infraction, mais par la nécessité de tenir compte des circonstances de réalisation de cette dernière, lorsque l'auteur a dissimulé son comportement. Concernant ces infractions dites dissimulées ou occultes, la jurisprudence considère que « le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir du jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites » : *Crim.*, 18 juill. 1974, n° 73-92.016, *Bull. crim.* n° 258 ; *Crim.*, 26 janv. 1977, n° 76-90.485, *Bull. crim.* n° 35 ; *Crim.*, 11 févr. 1981, n° 80-92.059, *Bull. crim.* n° 53 ; *Crim.*, 27 juin 2011, n° 00-87.414, *Bull. crim.* n° 164 ; *Crim.*, 7 mai 2002, n° 02-80.638 et 02-80.797, *Bull. crim.* n° 107 et 108 ; *Crim.*, 5 mai 2004, n° 03-85.503, *Bull. crim.* n° 110 ; *Crim.*, 8 févr. 2006, n° 05-80.301, *Bull. crim.* n° 34, *D.* 2006, p. 2297, Saenko ; *Crim.*, 20 févr. 2008, n° 02-82.676 et 07-82.110, *Bull. crim.* n° 44 ; *Crim.*, 19 mars 2008, n° 07-82.124, *Bull. crim.* n° 71. Les infractions concernées touchent souvent au droit pénal des affaires, notamment l'abus de confiance (*C. pén.*, art. 314-1), le trafic d'influence (*C. pén.*, art. 433-2), l'abus de biens sociaux (*C. com.*, art. L. 241-3 et L. 242-6), l'entente illicite (*C. com.*, art. L. 420-1). Le point de départ du délai de

mais d'une infraction instantanée définitivement transformée en infraction continue, à laquelle la jurisprudence applique la prescription de l'action publique correspondante⁷⁶³. En d'autres termes, lorsqu'elle souhaite appliquer un régime continu à une infraction de nature instantanée, la jurisprudence opère en amont, sur la nature de l'infraction, qu'elle fait passer d'instantanée à continue⁷⁶⁴. Ainsi, ont été déclarées continues, alors qu'à la lecture de leur texte d'incrimination elles apparaissent comme instantanées, les infractions d'abandon de famille⁷⁶⁵, de plantation illicite⁷⁶⁶, de construction illicite⁷⁶⁷, de publicité illicite par voie d'affichage⁷⁶⁸, ou encore de publicité illicite sur internet⁷⁶⁹.

B – Le recours évident

314.- Pour considérer que la jurisprudence ne consacre pas l'infraction permanente, la doctrine se focalise uniquement sur les décisions relatives à la prescription de l'action publique, comme si la reconnaissance juridique de l'infraction permanente devait exclusivement passer par ce pan de la répression. Pourtant, il existe bien un domaine où la jurisprudence dissocie la nature et le régime d'une infraction, puisqu'en matière de localisation, une infraction instantanée peut être rattachée au territoire de la République à travers ses effets. Cette admission effective de l'infraction permanente sur le terrain de la localisation (1), pourrait tout à fait rencontrer une extension potentielle dans tous les domaines de la répression (2).

prescription de ces infractions n'est pas systématiquement retardé, mais uniquement lorsqu'un comportement de dissimulation est caractérisé.

⁷⁶³. LARGUIER, « Un recul de l'infraction permanente », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 336.

⁷⁶⁴. Une telle manipulation de qualification conforte certains auteurs dans l'utilité de l'infraction permanente, qui permet de respecter la consommation instantanée de l'infraction, tout en appliquant à cette dernière une répression adaptée : LARGUIER, « Un recul de l'infraction permanente », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 332 ; MAYER, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente », *D.* 1979, p. 24.

⁷⁶⁵. *Crim.*, 9 févr. 1965, *D.* 1965, p. 475 ; Colmar, 20 févr. 1967, *JCP G* 1967, II, 15134, Michaud.

⁷⁶⁶. *Crim.*, 16 déc. 1970, n° 69-91.532, *Bull. crim.* n° 341, *Rev. sc. crim.* 1982, p. 377, Légal.

⁷⁶⁷. *Crim.*, 19 mai 1971, n° 70-91.201, *Bull. crim.* n° 167.

⁷⁶⁸. *Crim.*, 2 juill. 1980, n° 79-94.742, *Bull. crim.* n° 211, *Gaz. Pal.* 1981, 1, p. 232, *Rev. sc. crim.* 1982, p. 331, Larguier.

⁷⁶⁹. *Crim.*, 17 janv. 2006, n° 05-86.451, *Bull. crim.* n° 21, *D.* 2006, p. 1437, Courtin, *Dr. Pén.* 2006, comm. 41, Robert, *JCP G* 2006, II, 10120, Bouloc. La solution aboutit d'ailleurs au paradoxe suivant : selon que la publicité illicite est repose sur un support papier ou numérique, l'infraction est respectivement instantanée ou continue. Pour un aperçu d'ensemble du problème : MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 238, n° 222.

1 – L'admission effective

315.- Le déplacement ou non du point de départ du délai de prescription semble conditionner l'existence de l'infraction permanente, ce domaine de la répression offrant peut-être le plus d'illustrations de situations dans lesquelles l'inadaptation entre la nature et le régime d'une infraction instantanée se fait ressentir. Toutefois, la raison d'être de l'infraction permanente ne consiste pas uniquement à appliquer à une infraction instantanée le régime de la prescription d'une infraction continue, mais tout le régime de répression de cette dernière, ce qui implique effectivement la prescription de l'action publique, mais également, l'amnistie, les conflits de lois dans le temps, l'autorité de la chose jugée, ou encore la compétence territoriale⁷⁷⁰. Or, s'il existe bien un domaine de la répression qui outrepassé le caractère instantané d'une infraction, pour s'implanter dans ses effets, c'est l'application de la loi pénale dans l'espace. Les développements qui précèdent l'ont suffisamment dénoncé : une infraction instantanée, alors que sa consommation est achevée, peut être rattachée au territoire de la République à travers ses effets réalisés en France.

316.- Certes, lorsqu'elle puise le critère de localisation d'une infraction instantanée dans les effets de cette dernière, la jurisprudence ne dit pas expressément qu'elle considère l'infraction en cause comme une infraction permanente. Cependant, il n'en demeure pas moins que le procédé de localisation renvoie singulièrement à cette catégorie hybride d'infraction, que ce soit dans sa mise en œuvre, ou dans sa raison d'être.

La mise en œuvre de l'infraction permanente consiste à appliquer un régime continu à une infraction de nature instantanée. Une telle dissociation entre la consommation axée sur un comportement ou un résultat instantané, et la répression ancrée dans des effets durables, transparaît incontestablement dans les décisions relatives à la localisation. Lorsqu'elle puise le critère de localisation d'une infraction instantanée dans les effets de cette dernière, la jurisprudence ne transforme pas l'infraction en cause en infraction continue, mais traite bien une infraction instantanée

⁷⁷⁰. Certes, les partisans de l'infraction permanente ne prônent pas nécessairement l'application généralisée du régime de l'infraction continue à une infraction de nature instantanée, toutefois ces derniers n'entendent pas non plus limiter la modification du régime au seul domaine de la prescription de l'action publique, mais plaident pour une sélection au cas par cas, adaptée à chaque infraction.

comme une infraction continue. Chaque fois qu'elle procède à une requalification, la jurisprudence mentionne expressément le caractère, non plus instantané, mais désormais continu, de l'infraction⁷⁷¹. Or, une telle précision ne figure jamais dans les décisions relatives à la localisation. A aucun moment la Cour de cassation ne justifie la prise en compte des effets comme critère de rattachement territorial, par la nature continue de l'infraction. Pas même dans le jugement du tribunal correctionnel d'Auxerre rendu le 9 avril 1963⁷⁷², qui localise un vol à partir de l'utilisation de la chose, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs, qui voient dans cette solution l'affirmation du caractère continu du vol d'usage, voire même du vol en général⁷⁷³. Par conséquent, la jurisprudence dissocie bien consommation et localisation, la première conservant son caractère instantané, et la seconde se basant sur des effets continus.

La raison d'être de l'infraction permanente réside quant à elle dans « *la quête d'amélioration des solutions relatives aux infractions instantanées* »⁷⁷⁴. Cependant, derrière cet impératif d'adaptation, se dessine bien un objectif de répression, mué par la volonté d'éviter l'impunité de l'auteur d'une infraction instantanée, qui peut parfois échapper à une condamnation pénale grâce à la consommation immédiate de ses méfaits. La localisation partage exactement cette motivation, même si les procédés qu'elle emploie relèvent plus de l'opportunisme que de l'adaptation.

Quelle que soit l'appellation attribuée à la technique de localisation consistant à rattacher une infraction instantanée au territoire de la République à travers les effets de cette dernière, l'artifice rejoint, dans sa raison d'être, comme dans sa mise en œuvre, le concept d'infraction permanente. La doctrine ne semble pas y voir la consécration de cette catégorie hybride d'infraction, mais devrait pourtant craindre un risque d'extension des solutions rendues sur le terrain de la localisation, à tous les domaines de la répression.

⁷⁷¹. Crim., 9 févr. 1965, *D.* 1965, p. 475 ; Colmar, 20 févr. 1967, *JCP G* 1967, II, 15134, Michaud ; Crim., 16 déc. 1970, n° 69-91.532, *Bull. crim.* n° 341, *Rev. sc. crim.* 1982, p. 377, Légal ; Crim., 19 mai 1971, n° 70-91.201, *Bull. crim.* n° 167 ; Crim., 2 juill. 1980, n° 79-94.742, *Bull. crim.* n° 211, *Gaz. Pal.* 1981, 1, p. 232, *Rev. sc. crim.* 1982, p. 331, Larguier ; Crim., 17 janv. 2006, n° 05-86.451, *Bull. crim.* n° 21, *D.* 2006, p. 1437, Courtin, *Dr. Pén.* 2006, comm. 41, Robert, *JCP G* 2006, II, 10120, Boulloc.

⁷⁷². T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal.

⁷⁷³. LARGUIER, « Un recul de l'infraction permanente », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 332 ; LEGEAIS, *JCP G* 1963, II, 11367, ss. T. corr. Auxerre. Sur le caractère instantané du vol comme du vol d'usage : *supra*, n° 293.

2 – L'extension potentielle

317.- Les libertés prises par la répression à l'égard de la consommation semblent réservées au domaine de la localisation, et ne pas gagner d'autres terrains⁷⁷⁵ comme la prescription de l'action publique, ou les conflits de lois dans le temps, pour ne citer que ces exemples. Deux raisons peuvent être avancées. La première explication réside dans la singularité de la localisation, comparée aux autres aspects de la répression. En d'autres termes, il est des limites que la jurisprudence n'ose pas franchir dans sa tâche générale de répression, mais qu'elle s'autorise néanmoins dans sa quête particulière de localisation. La localisation serait en quelques sortes une sphère à part, déconnectée, et surtout exonérée, des exigences de la consommation. La seconde explication repose sur les procédés de localisation mis en œuvre jusqu'à présent. L'artifice consistant à puiser le critère de localisation dans l'élément matériel, ou avant celui-ci, n'intéresse absolument pas d'autres mécanismes, tels que la prescription de l'action publique ou les conflits de lois dans le temps, dans la mesure où la portée répressive de ces derniers ne réside jamais en amont de la consommation, mais toujours en aval. Pour permettre des poursuites le plus longtemps possible, le point de départ du délai de prescription doit être repoussé, et non avancé. Pour permettre l'application de la loi nouvelle plus sévère, l'infraction doit se former le plus tard possible, et ainsi éviter tout conflit dans le temps. C'est là que les solutions relatives à la localisation exploitant les effets de l'infraction se révèlent dangereuses, pour ouvrir une brèche dans la dissociation entre la consommation et la répression. Si la localisation puise son critère dans les effets de l'infraction, pourquoi la prescription de l'action publique n'y fixerait-elle pas son départ⁷⁷⁶, ou les conflits de lois dans le temps leur repère ? L'hypothèse n'est pas un cas d'école. Bon nombre de régimes dérogatoires, initialement limités à un domaine précis, ont déjà été

⁷⁷⁴. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 213, n° 196.

⁷⁷⁵. Sauf peut-être concernant la compétence territoriale. Cependant, les développements qui précèdent, relatifs à l'escroquerie (*supra*, n° 54), montrent qu'il est difficile de déterminer si ce sont les décisions relatives à la localisation internationale qui inspirent celles relatives à la localisation interne, ou l'inverse. Quelle que soit l'origine de l'influence, aucune similitude ne devrait exister entre les deux types de localisation, chacune véhiculant des enjeux différents.

⁷⁷⁶. Peut-être parce que faire courir le point de départ du délai de prescription d'une infraction à compter des effets de cette dernière, revient purement et simplement à rendre l'infraction imprescriptible, les effets étant par définition infinis.

progressivement étendus, grâce à cette technique insidieuse des petits pas⁷⁷⁷. A ce titre, il est d'ailleurs presque surprenant que la jurisprudence n'ait pas encore transposé à la prescription, les solutions relatives à la localisation, et préfère transformer une infraction instantanée en infraction continue, plutôt que d'exploiter les effets continus d'une infraction instantanée.

318.- S'il est contestable que la jurisprudence modifie le caractère instantané ou continu d'une infraction, comme elle s'emploie à le faire en matière de prescription, il n'est pas moins condamnable que la jurisprudence outre passe le caractère instantané d'une infraction en puisant dans les effets de celle-ci, comme elle se permet de le faire en matière de localisation. Il n'est pas donc souhaitable que les solutions relatives à la prescription ou tout autre domaine de la répression, s'inspirent de l'artifice propre à la localisation. Il est même regrettable qu'un tel artifice existe et confère une certaine résonance au concept d'infraction permanente⁷⁷⁸ qui, contrairement à ce qui est affirmé, connaît des applications pratiques, mais gagnerait à demeurer à l'état de notion théorique. Une infraction doit se voir appliquer le régime correspondant à sa nature. La dichotomie entre infraction instantanée et infraction continue doit être préservée, et non écornée par une passerelle destinée à généraliser le régime le plus répressif. Les partisans de l'infraction permanente reprochent au législateur son abstraction dans la détermination de la consommation d'une infraction, de ne pas évaluer les implications en termes de répression⁷⁷⁹. L'infraction permanente aménagerait en quelque sorte un correctif jurisprudentiel aux imperfections légales. Et pourtant, le choix du législateur, lorsqu'il arrête la consommation d'une infraction, est entièrement tourné vers la répression de cette dernière. La structure formelle d'une infraction n'est-elle pas destinée à alléger la consommation d'un résultat, afin d'anticiper la répression, en la faisant intervenir dès le comportement ? A l'inverse, l'ossature composite d'une infraction n'a-t-elle pas vocation à alourdir la consommation d'un acte supplémentaire, afin de retarder la répression, en la subordonnant au dernier acte du comportement ? La consommation d'une infraction traduit la volonté du législateur d'attacher à celui-ci une

⁷⁷⁷. Pour un exemple d'exception qui tend à devenir la règle : JOLY, *Les particularités de la répression en matière d'infractions sexuelles*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006.

⁷⁷⁸. A la différence près que l'infraction permanente est censée être réservée à certaines infractions instantanées, alors que la localisation par les effets est appliquée à n'importe quelle infraction instantanée.

⁷⁷⁹. MAYER, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente », *D.* 1979, p. 24.

certaine répression. Si toutes les infractions devaient recevoir la même répression maximale, elles seraient toutes dotées de la même consommation minimale : simple, continue et formelle. En définitive, une infraction de nature instantanée doit se voir appliquer le régime d'une infraction instantanée, dans l'indifférence absolue des effets qui peuvent lui être attachés, quel que soit le domaine de la répression, et y compris en matière de localisation.

319.- La localisation ancrée dans les effets de l'infraction ne respecte pas la consommation de cette dernière, mais ne la transforme pas pour autant. En d'autres termes, le fait que l'instantanéité exigée au stade de la caractérisation de l'infraction ne soit pas relayée au titre de la localisation, atténuée, mais n'altère pas la durée de la consommation. Si l'élément matériel de l'infraction ainsi rattachée au territoire de la République semble relativement préservé concernant sa durée, en revanche les retombées se font particulièrement ressentir en termes de quantité, le nombre de ses composantes en ressortant modifié.

Section II – L'accroissement du nombre

320.- Comme tout critère de localisation artificiellement généré par la localisation, les effets représentent une possibilité supplémentaire de rattachement au le territoire de la République. La récupération des effets pourrait s'arrêter là. Les effets incarneraient une circonstance extérieure et postérieure à l'infraction, procurant occasionnellement un critère de localisation, ce qui ne respecte pas la consommation, mais ne transforme pas cette dernière pour autant. Cependant, la justification accompagnant la prise en compte des effets va plus loin. Les effets n'apparaissent plus comme une simple circonstance extérieure exploitée par la localisation, mais deviennent une véritable composante intégrée à la consommation. En d'autres termes, à travers la motivation de la jurisprudence, l'infraction se voit dotée, non pas d'un rattachement externe supplémentaire, mais d'un élément interne complémentaire, prenant la forme, soit d'un résultat (§ I), soit d'un acte du comportement (§ II).

I – L’annexion d’un résultat

321.- Lorsqu’elle localise une infraction à partir des effets de celle-ci, la jurisprudence donne parfois le sentiment d’ajouter un résultat à l’infraction en cause, en transformant ses effets en résultat. L’impression ne provient pas d’une éventuelle confusion conceptuelle entre les notions d’effet et de résultat⁷⁸⁰, mais bien de la motivation concrète des décisions relatives à la localisation, qui fait de cette circonstance extérieure et postérieure à l’infraction, une composante interne et finale de cette dernière.

Une telle conversion des effets en résultat, ne peut intervenir que dans une infraction formelle. Une infraction matérielle disposant déjà d’un résultat, celle-ci ne peut se voir greffer un second résultat au titre de ses éléments constitutifs. Si le comportement est parfois décomposable en plusieurs actes, le résultat est quant à lui toujours indissociable, de sorte qu’il ne fait jamais l’objet de subdivision en « sous-résultats »⁷⁸¹.

La localisation d’une infraction formelle à partir de ses effets engendre donc deux conséquences à son égard, conséquences qui peuvent se cumuler. D’une part, elle amoindrit toujours la nature formelle de l’infraction (A), d’autre part, elle attribue parfois une structure matérielle à cette dernière (B).

A – L’atténuation de l’infraction formelle

322.- Dans les décisions recensées dans les développements qui précèdent, les effets servant de critère de rattachement territorial à l’infraction formelle correspondent à la réalisation effective du résultat redouté⁷⁸². Par rapport à l’infraction formelle, le résultat redouté est une notion abstraite à la base de son incrimination, ce qui est commun à toute infraction, mais le résultat redouté n’est pas une condition concrète de sa consommation, ce qui est le propre de l’infraction matérielle. Dans l’infraction formelle, le résultat redouté n’est donc pas érigé en résultat constitutif. La réalisation

⁷⁸⁰. Sur la distinction entre les effets et le résultat : *supra*, n° 264.

⁷⁸¹. Même une infraction matérielle ne dispose pas de deux résultats, le résultat redouté et le résultat constitutif, mais d’un seul résultat, le résultat constitutif. En effet, le résultat redouté n’est pas une composante de la consommation de l’infraction matérielle, mais seulement la référence dans la construction de l’incrimination de celle-ci.

effective du résultat redouté étant indifférente au stade de la consommation de l'infraction formelle, elle devrait l'être tout autant au titre de la répression de celle-ci, et donc inopérante en termes de critère de localisation. Dès lors, utiliser la réalisation effective du résultat redouté comme un lien de rattachement territorial, revient à méconnaître la neutralité constitutive et répressive du résultat redouté, et donc en quelque sorte à faire comme si l'infraction formelle était dotée d'un résultat constitutif, du moins le temps de sa localisation.

323.- Faire comme si une infraction formelle dispose d'un résultat constitutif, rapproche considérablement cette dernière d'une infraction matérielle, et concourt un peu plus à atténuer la distinction qui existe entre ces deux types d'infraction. Les développements qui précèdent, relatifs à l'escroquerie⁷⁸³, ont montré que la dichotomie entre infraction matérielle et infraction formelle est déjà affaiblie par le fait de localiser une infraction matérielle par son comportement au lieu de son résultat constitutif. Cette dichotomie finit d'être amoindrie par le fait de localiser une infraction formelle par son résultat redouté au lieu de son comportement. Dans la première hypothèse, l'importance du résultat constitutif de l'infraction matérielle est négligée, en n'érigant pas de ce dernier en critère de localisation exclusif de l'infraction. En pouvant être rattachée au territoire de la République à partir comportement, l'infraction matérielle peut donc être localisée de la même façon qu'une infraction formelle. Dans la seconde hypothèse, l'indifférence au résultat constitutif de l'infraction formelle est ignorée, en n'excluant pas la réalisation effective du résultat redouté des critères de localisation de l'infraction. En pouvant être ramenée sur le sol national à travers la réalisation effective du résultat redouté, l'infraction formelle peut donc être localisée de la même manière qu'une infraction matérielle. En définitive, la différence de statut entre le comportement et le résultat, selon que l'infraction est matérielle ou formelle, n'a absolument aucune incidence au regard de la localisation, qui se fait alternativement au moyen de l'un ou de l'autre, suivant celui, du comportement ou du résultat⁷⁸⁴, qui est accompli en France.

⁷⁸². *Supra*, n° 295.

⁷⁸³. *Supra*, n° 45.

⁷⁸⁴. Selon que l'infraction est matérielle ou formelle, la qualification juridique du résultat est différente, pour s'agir du résultat constitutif concernant l'infraction matérielle, et du résultat redouté concernant l'infraction formelle.

L'atténuation de la distinction entre infraction matérielle et infraction formelle est totale, chaque versant se trouvant ébranlé, que ce soit du côté de l'infraction matérielle, qui se rapproche de l'infraction formelle, ou du côté de l'infraction formelle, qui se rapproche de l'infraction matérielle. Une telle détérioration, qu'elle se manifeste par l'infraction matérielle ou par l'infraction formelle, engendre la même conséquence à l'égard des deux infractions, en augmentant leur potentialité répressive à travers des possibilités accrues de rattachement au territoire de la République. Cette intensification répressive rend l'infraction formelle particulièrement redoutable, dans la mesure où sa consommation est allégée d'un résultat constitutif, et sa localisation démultipliée par le résultat redouté. Malheureusement, la localisation de l'infraction formelle à partir de la réalisation effective du résultat redouté ne se contente pas d'assimiler l'infraction formelle à une infraction matérielle, elle peut aller jusqu'à métamorphoser une infraction formelle en infraction matérielle.

B – La transformation en infraction matérielle

324.- Dans son choix de considérer la réalisation effective du résultat redouté d'une infraction formelle comme un critère de localisation de celle-ci, la jurisprudence fait toujours comme si l'infraction formelle dispose d'un résultat constitutif, mais dans sa façon de justifier une telle prise en compte, la jurisprudence confère parfois à l'infraction formelle un résultat constitutif, faisant sortir l'infraction en cause de la catégorie des infractions de comportement, pour lui faire rejoindre celle des infractions de résultat.

Le constat est patent concernant la contrefaçon (*C. prop. intell.*, art. L. 355-2), dont la motivation des décisions relatives à la localisation internationale de l'infraction a connu une évolution. Dans les arrêts antérieurs à celui du 6 juin 1991⁷⁸⁵, la Cour de cassation se contente de réputer la contrefaçon commise sur le territoire de la République, au motif que l'atteinte aux droits d'auteur est réalisée en France. Mais dans l'arrêt du 6 juin 1991⁷⁸⁶, la haute juridiction précise : « attendu que l'arrêt attaqué n'encourt pas le grief allégué, dès lors que les juges relèvent qu'en l'espèce l'atteinte

⁷⁸⁵. Crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944, *Bull. crim.* n° 41 ; Paris, 30 mars 1987, *JCP G* 1988, II, 20965, Bouzat ; Dijon, 12 janv. 1990, *Juris-Data* n° 1990-413371 ; Crim., 26 avr. 1990, n° 88-83.762, *Bull. crim.* n° 160.

⁷⁸⁶. Crim., 6 juin 1991, n° 90-80.755, *Bull. crim.* n° 240, *D.* 1993, p. 86, Colombet.

aux droits du propriétaire des modèles litigieux a eu lieu et a été constatée en France, même si les marchandises ou produits révélant la contrefaçon ont été fabriqués à l'étranger ; qu'en effet, d'une part, la contrefaçon prévue et punie par les articles 425 et suivants du Code pénal se constitue non seulement par le fait matériel de la reproduction d'une œuvre de l'esprit et l'absence de bonne foi, mais aussi par l'atteinte portée aux droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ; que, d'autre part, aux termes de l'article 693 du Code de procédure pénale, est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France ». Dans l'arrêt du 29 janvier 2002⁷⁸⁷, la Cour de cassation reprend la même formulation, à ceci près qu'avec la réforme du Code pénal, les articles incriminant la contrefaçon et organisant l'extension de territorialité ont changé de numérotation, voire de code : *« qu'en effet, d'une part, la contrefaçon prévue et punie par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle se constitue non seulement par le fait matériel de la reproduction d'une œuvre de l'esprit et l'absence de bonne foi, mais aussi par l'atteinte portée aux droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ; que, d'autre part, aux termes de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un des faits constitutifs a eu lieu en France ».* La réitération à l'identique de la motivation ne laisse subsister aucun doute. La jurisprudence ne se contente pas de considérer que l'atteinte aux droits d'auteur peut servir de critère de localisation à la contrefaçon, mais que l'atteinte aux droits d'auteur fait partie des conditions de consommation de la contrefaçon. La nuance est de taille, dans la mesure où la contrefaçon ne doit plus être analysée comme une infraction formelle rattachée au territoire de la République par ses effets, mais désormais envisagée comme une infraction matérielle rapatriée sur le sol national par son résultat. Dans une telle hypothèse, le rattachement territorial de la contrefaçon n'a donc absolument rien d'artificiel, le critère de localisation coïncident avec le moment de la consommation.

Cependant, il est désormais avéré que la jurisprudence relative à la localisation ne recule devant aucune contradiction ou incohérence, et les arrêts précités, ou plus exactement l'arrêt du 6 juin 1991, en fournit l'illustration. Les développements qui

⁷⁸⁷. Crim., 29 janv. 2002, n° 01-83.122, *Bull. crim.* n° 13.

précèdent⁷⁸⁸ ont exposé que les effets tiennent lieu de critère depuis la première heure, et qu'afin de conférer un fondement textuel à cette solution jurisprudentielle, le législateur a profité de la réforme du Code pénal en 1992, qui a transféré l'extension de territorialité de l'ancien article 693 du Code de procédure pénale, à l'actuel article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, pour élargir le critère de rattachement territorial en remplaçant l'expression « *acte caractérisant un élément constitutif* » par celle de « *fait constitutif* ». Or, les décisions qui ont motivé un tel changement de rédaction, sont très précisément les arrêts des 2 février 1977⁷⁸⁹ et 6 juin 1991⁷⁹⁰ relatifs à la contrefaçon, dans lesquels l'infraction est présentée comme localisée en France à partir de ses effets, alors que seule l'atteinte aux droits d'auteur est réalisée sur le territoire de la République. Par conséquent, il est donc légitime d'en déduire que l'atteinte aux droits d'auteurs représente un effet, et non un élément constitutif, de la contrefaçon. Une fois encore, à vouloir habiller l'opportunité de juridicité, la jurisprudence recourt à une motivation qui dépasse l'artifice de localisation, pour toucher les principes de la consommation, et semer la confusion. Dans le cas de la contrefaçon, les effets deviennent un résultat, mais concernant d'autres infractions, les effets vont jusqu'à rejoindre le comportement.

II – L'adjonction d'un acte

325.- Lorsque l'effet réalisé en France consiste en une action de l'auteur de l'infraction, la jurisprudence n'hésite pas, afin de justifier le rattachement de l'infraction au territoire de la République, à intégrer cette action dans le comportement, ce qui revient à ériger un effet de l'infraction en dernier acte du comportement de celle-ci. A travers ce procédé, prolifèrent de faux exemples d'infractions complexes (A), ce qui détériore encore un peu plus le vrai concept d'infraction complexe (B).

A – La prolifération de faux exemples d'infractions complexes

326.- Affirmer que la jurisprudence traite un effet de l'infraction comme le dernier acte de son comportement, peut sembler pousser très loin l'interprétation des

⁷⁸⁸. *Supra*, n° 280.

⁷⁸⁹. Crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944, *Bull. crim.* n° 41.

⁷⁹⁰. Crim., 6 juin 1991, n° 90-80.755, *Bull. crim.* n° 240, *D.* 1993, p. 86, Colombet.

décisions relatives à la localisation. Pourtant, dans les exemples d'infractions rattachées au territoire de la République à partir de leurs effets, plusieurs permettent d'aboutir à une telle conclusion, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une exagération, mais bien d'une réalité. Ainsi, sous l'impulsion de leur localisation, deux infractions traditionnellement simples, sont devenues ponctuellement complexes, l'enregistrement d'images de mineur à caractère pornographique, d'une part, et le vol, d'autre part.

327.- L'enregistrement d'images de mineur à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, est incriminé à l'article 227-23 alinéa 1 du Code pénal, qui dispose que *« le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »*. L'infraction est donc formelle et simple. Formelle, parce qu'elle n'exige pas de résultat, l'expression *« en vue de sa diffusion »* indiquant que la diffusion effective des images enregistrées n'est pas une condition de l'infraction. Simple, parce qu'elle requiert un acte unique d'enregistrement, la locution *« ou »* signifiant que les trois actes, de fixation, d'enregistrement, et de transmission, sont alternatifs, et non cumulatifs⁷⁹¹. Cependant, à l'occasion de l'arrêt du 4 février 2004 précité⁷⁹² relatif à la localisation d'un enregistrement d'images de mineur à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, l'infraction semble être passée d'une nature simple, à une structure complexe.

En l'espèce, la jurisprudence ne peut pas puiser le critère de localisation dans le comportement de l'infraction, l'acte d'enregistrement ayant lien à l'étranger. Elle ne peut pas non plus fixer le rattachement territorial dans l'effet de l'infraction consistant en la réalisation effective du résultat redouté, aucune diffusion n'étant intervenue. Certes, l'auteur de l'enregistrement a signé un contrat de diffusion, mais ce dernier n'a jamais reçu exécution. A défaut de pouvoir se baser sur cet effet, la jurisprudence choisit de retenir un autre effet. Elle érige donc en critère de localisation, non pas l'exécution du contrat de diffusion, puisqu'elle n'a pas eu lieu, mais la signature du contrat de

⁷⁹¹. L'article 227-23 alinéa 1 du Code pénal n'incrimine donc pas une infraction complexe unique exigeant plusieurs actes, la fixation, l'enregistrement, et la transmission, mais réprime bien trois infractions simples distinctes, exigeant chacune un acte, soit la fixation, soit l'enregistrement, soit la transmission.

diffusion, qui elle a bien eu lieu, et de surcroît en France. Dans les deux cas il s'agit d'une circonstance extérieure et postérieure à l'infraction, néanmoins la signature du contrat de diffusion incarne un effet de moindre consistance que ne l'aurait été l'exécution du contrat de diffusion. D'ailleurs, dans toutes les autres décisions recensées portant sur la localisation d'une infraction formelle à partir de ses effets, l'effet faisant office de rattachement territorial correspond invariablement à la réalisation effective du résultat redouté. Probablement consciente de la fragilité du critère de localisation retenu en l'espèce, la Cour de cassation justifie la prise en compte de la signature du contrat de diffusion de la manière suivante : « [...] selon l'article 693 du Code de procédure pénale, devenu l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, il suffit, pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République et soit punissable en vertu de la loi française, qu'un de ses faits constitutifs ait eu lieu sur ce territoire ; Que, tel est le cas en l'espèce, dès lors qu'il est établi que des actes avaient été effectués en France en vue de la diffusion des cassettes pornographiques enregistrées en Thaïlande ».

Dans sa motivation, la Cour de cassation affirme expressément que la signature du contrat de diffusion caractérise un acte effectué en vue de la diffusion des images enregistrées. Or, les seuls actes effectués en vue d'une diffusion, incriminés par l'article 227-23 alinéa 1 du Code pénal, sont la fixation, l'enregistrement, ou la transmission, mais en aucun cas la signature d'un contrat de diffusion. Par conséquent, en qualifiant la signature du contrat de diffusion, d'acte effectué en vue d'une diffusion, la haute juridiction ajoute un second acte à l'infraction⁷⁹³, du moins lorsqu'elle prend la forme d'un enregistrement. En effet, à la lecture de la décision, l'enregistrement d'images de mineur à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, ne semble plus être une infraction simple consommée par un acte unique, l'enregistrement des images, mais être devenue une infraction complexe exigeant plusieurs actes de nature différente, l'enregistrement des images, et la conclusion d'un contrat de diffusion⁷⁹⁴.

Un tel raisonnement ne peut évidemment pas recevoir une quelconque approbation, le principe de légalité (*C. pén.*, art. 111-2 et 111-3) et de son corollaire, le

⁷⁹². *Crim.*, 4 févr. 2004, n° 03-81.984, *Bull. crim.* n° 32 ; *AJ Pénal* 2004, p. 157, Pitoun, *D.* 2005, p. 621, Malabat, *Dr. pén.* 2004, comm. 80, Véron, *Gaz. Pal.* 2004, 3, p. 3237, Monnet, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 633, Fortis, *ibid.* 2004, p. 639, Mayaud.

⁷⁹³. MALABAT, *D.* 2005, p. 621, ss. *Crim.*, 4 févr. 2004.

⁷⁹⁴. Peu importe que le contrat soit exécuté ou non, l'infraction conservant manifestement son caractère formel.

principe d'interprétation stricte de la loi pénale (*C. pén.*, art. 111-4), interdisant d'ajouter ou de retrancher des conditions à un texte d'incrimination, et ce même pour les besoins de la localisation. La transformation de la configuration de l'infraction en cause n'est que la triste illustration des répercussions néfastes de la localisation sur la consommation. A trop vouloir maquiller son non-respect de la consommation, la localisation finit par modifier la consommation. La métamorphose d'une infraction simple en infraction complexe touche ici une infraction formelle, mais peut tout aussi bien porter sur une infraction matérielle.

328.- Le vol est incriminé à l'article 311-1 du Code pénal, qui dispose que « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Si la conception matérielle du vol, en dépit de son affirmation unanime par la doctrine, nécessite quelques précisions⁷⁹⁵, en revanche le caractère simple de l'infraction ne soulève aucune hésitation. Le comportement requis au titre du vol consiste en un acte unique d'appréhension de la chose⁷⁹⁶. Cependant, à l'occasion du jugement du tribunal correctionnel d'Auxerre rendu le 9 avril 1963 précité⁷⁹⁷, relatif à la localisation d'un vol de véhicule, l'infraction semble être passée d'une nature simple, à une structure complexe.

En l'espèce, des individus s'emparent d'une voiture en Belgique. L'acte d'appréhension de la chose se réalisant à l'étranger, la jurisprudence ne peut pas puiser le critère de localisation dans le comportement de l'infraction. En revanche, les auteurs roulent avec la voiture, depuis la Belgique jusqu'en France. L'usage de la chose s'effectuant à l'étranger, la jurisprudence peut donc fixer le rattachement territorial dans les effets de l'infraction.

De prime abord, la décision semble fournir un exemple, certes regrettable, mais habituel, de localisation d'une infraction à partir des effets de celle-ci. En réalité, la solution va plus loin. Le tribunal répute le vol commis sur le territoire de la République, au motif que « *l'usage frauduleux du véhicule, dont les inculpés s'étaient assuré la disposition à l'insu et contre le gré de son propriétaire, c'est-à-dire l'élément essentiel*

⁷⁹⁵. *Supra*, n° 290.

⁷⁹⁶. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 314, n° 339 ; BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, p. 215, n° 222 ; CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 118, n° 209 ; MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 192, n° 185 ; MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 617, n° 487.

⁷⁹⁷. T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal.

du délit de vol d'automobile qui leur est imputé, a été réalisé aussi bien en Belgique qu'en France ». En analysant l'usage de la chose d'autrui comme un « *élément essentiel* » du vol, le tribunal considère que l'utilisation n'est pas une simple circonstance consécutive à la soustraction, mais une véritable composante qui s'additionne à la soustraction. L'usage de la chose volée quitte donc la catégorie des effets, pour rejoindre celle du comportement, faisant du vol une infraction, non plus simple, consommée par un acte unique d'appréhension, mais désormais complexe, composée de deux actes distincts, l'appréhension et l'utilisation.

La solution ne saurait évidemment emporter l'adhésion, la nature complexe du vol étant contraire à l'incrimination théorique de l'infraction. L'article 311-1 du Code pénal se borne à réprimer la soustraction de la chose d'autrui, peu importe ce que l'auteur en fait par la suite. Aucun agissement de l'auteur, postérieur à la soustraction, même en relation avec la chose, ne peut déboucher sur la qualification de vol, ni même sur celle de recel. Et ici encore, le principe de légalité (*C. pén.*, art. 111-2 et 111-3) et son corollaire, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale (*C. pén.*, art. 111-4), interdisent de déroger à la lettre et à l'esprit du texte. De plus, la structure complexe du vol ferait obstacle à la caractérisation concrète de l'infraction, chaque fois que l'auteur ne ferait pas usage de la chose d'autrui après l'avoir soustraite, soit qu'il la détienne, la transmette, voire la détruise. L'exemple du vol, comme celui de l'enregistrement d'images de mineur à caractère pornographique, en vue de leur diffusion, montre à quel point les artifices de localisation peuvent altérer les principes de consommation en général, et la notion de complexité en particulier.

B – La détérioration du vrai concept d'infraction complexe

329.- De tous les concepts qui définissent la matérialité d'une infraction, c'est sans aucun doute celui de la complexité qui est le plus malmené par l'extension de territorialité. Il serait redondant et superflu de revenir sur l'évolution de la notion⁷⁹⁸, et la dénaturation dont celle-ci fait l'objet, à travers la localisation des infractions en général. Toutefois, il est impossible de ne pas dénoncer la détérioration dont elle est encore la cible, à travers la localisation des infractions par leurs effets en particulier.

⁷⁹⁸. *Supra*, n° 170.

Lorsque ces derniers consistent en une action de l'auteur, la jurisprudence les rattache insidieusement à l'infraction, en en faisant le second acte du comportement.

En définitive, les artifices successifs mis en œuvre au nom du rattachement territorial, ne laissent plus grand-chose de l'infraction complexe telle qu'elle devrait être entendue au regard de sa définition moderne, à savoir une infraction dont le comportement exige deux actes de nature différente, puisque tour à tour, le second acte du comportement, caractéristique de l'infraction complexe, laisse place au résultat⁷⁹⁹, à l'exécution⁸⁰⁰, à la condition préalable⁸⁰¹, ou aux effets. Il est même légitime de se demander si la jurisprudence relative à la localisation a jamais évolué dans sa conception de l'infraction complexe, préférant à la signification moderne, précise mais étroite, l'interprétation ancienne, floue donc large, permettant d'accueillir toutes sortes de composantes dans l'infraction, à commencer par celles réalisées en France.

Conclusion

330.- La prise en compte des effets comme critère de localisation de l'infraction achève de compléter la longue liste des rattachements possibles d'une infraction. La jurisprudence ne néglige aucune composante, que ce soit à l'intérieur comme à l'extérieur de l'infraction. A vouloir déjouer les frontières géographiques, elle défie les frontières juridiques, puisqu'en matière de localisation l'infraction ne semble plus avoir de début ni de fin, le critère de rattachement territorial pouvant aussi bien être puisé avant sa naissance ou après sa mort.

⁷⁹⁹. *Supra*, n° 36.

⁸⁰⁰. *Supra*, n° 177.

⁸⁰¹. *Supra*, n° 239.

CONCLUSION GENERALE

331.- Tous les critères mènent en France. Cette triste réalité suffit à résumer la jurisprudence relative à la compétence territoriale de la loi pénale et des juridictions répressives françaises. Tout, absolument tout, la moindre composante ou circonstance entourant l'infraction, est exploitée pour réputer cette dernière commise sur le territoire de la République.

332.- Le fait que le critère de localisation ne soit en réalité qu'un critère d'opportunité, n'est pas sans incidence sur la matérialité, car le critère de localisation ne se contente pas de s'affranchir du moment de la consommation, mais va jusqu'à amoindrir les principes de cette dernière. Le démembrement de la matérialité, consécutif à un critère de localisation puisé dans n'importe quelle composante de l'élément matériel, revient à retoucher le contenu de l'infraction, puisqu'en substituant le comportement au résultat, ou en subdivisant le comportement, cette composante est détournée de sa fonction au sein de l'infraction. Le débordement, quant à lui, consécutif à un critère de localisation puisé dans une circonstance qui n'appartient pas à l'élément matériel, revient à repousser les contours de l'infraction, puisqu'en exploitant un antécédent ou un prolongement de l'élément matériel, cette circonstance est intégrée à la structure de l'infraction.

Que le critère de localisation opère par démembrement ou par débordement de la matérialité, c'est inmanquablement au détriment des constructions juridiques participant de la théorie générale de l'infraction. Aucune catégorie n'est épargnée. D'abord, la distinction entre les infractions matérielle est formelle est doublement mise à mal, que ce soit en localisant une infraction matérielle par son comportement, ou une infraction formelle par ses effets. Ensuite, la distinction entre les infractions instantanée et continue est tout autant ébranlée, à travers les artifices de durée mis en place, soit en amont, en avançant le départ de l'infraction aux actes d'exécution, soit en aval, en retardant la fin de l'infraction aux effets de cette dernière. Enfin, la distinction entre infractions simple et composite est peut être la plus atteinte, le concept de complexité se trouvant totalement dévoyé, le second acte du comportement se voyant substituer, aussi bien la condition préalable, acte d'exécution, le résultat, ou encore les effets de

l'infraction. Les solutions rendues en matière de localisation font perdre encore plus de lisibilité à ces notions, dont la définition et l'application sont suffisamment difficiles en soit, pour que ne vienne pas s'ajouter encore un peu plus la confusion, voire la dénaturation.

333.- La matière répressive se démarque des autres branches du droit par son autonomie⁸⁰², autonomie du droit pénal souvent présentée comme un corollaire de la souveraineté de ce dernier, liée à sa mission particulière de protection de l'ordre public. Cette même souveraineté, qui sous-tend la quête absolue de compétence territoriale, aboutit à une autonomie dans l'autonomie, à un droit de la localisation à l'intérieur du droit pénal, totalement affranchi des principes de la consommation, pour n'être guidé que par le principe de l'opportunité.

Le plus inquiétant, c'est que cette tendance prétorienne, « *de profiter de la moindre occasion pour étendre la compétence [territoriale] dans l'espace, tendance dont le bien-fondé n'a jamais été démontré, ni même discuté* »⁸⁰³, ne semble pas plus contestée. Cet opportunisme à outrance, instauré par la jurisprudence et consacré par le législateur⁸⁰⁴, est malheureusement totalement assimilé, par les théoriciens comme les praticiens. Il y a encore quelques décennies, la doctrine s'opposait à la création de l'extension de territorialité⁸⁰⁵. Aujourd'hui, elle ne dénonce même plus la mise en œuvre ultra-extensive de cette extension, quand seulement elle la constate. Le même sentiment de fatalisme se retrouve dans la pratique, les pourvois sur la question s'amenuisant au fil du temps, face à cette jurisprudence constante.

⁸⁰². Sur l'autonomie du droit pénal : ALT, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 347 ; GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal, reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 911 ; ROLLAND, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, Thèse Lyon, 1958 ; STEFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956.

⁸⁰³. MASSE, « La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 856.

⁸⁰⁴. Il n'est même pas possible de reprocher à la jurisprudence une interprétation *contra legem* de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, dans la mesure où le législateur lui-même en a modifié la rédaction afin de se conformer à la jurisprudence. En matière de compétence territoriale, la jurisprudence et le législateur font preuve d'une collusion parfaite.

⁸⁰⁵. *Supra*, n° 7.

La localisation a entre-ouvert une porte, qui, si personne ne tente de la refermer, ne demande qu'à s'ouvrir entièrement sur les autres domaines de la répression. La localisation interne semble déjà s'être inspirée de la localisation internationale⁸⁰⁶. L'application de la loi pénale dans le temps ou la prescription ne se feront pas attendre pour s'affranchir de la consommation, afin de permettre l'application de la loi pénale plus sévère sans se voir opposer le principe de non-rétroactivité, ou de repousser le point de départ du délai de prescription. Le constat est certainement alarmiste, mais néanmoins réaliste, car ce ne serait pas la première fois que l'exception s'étend progressivement jusqu'à insidieusement devenir la règle⁸⁰⁷.

334.- Derrière ces entorses répétées envers l'élément matériel, c'est finalement l'élément légal qui est atteint. « *Quand les contours des éléments constitutifs de l'infraction sont assaillis et sont parfois enfoncés sérieusement, ce sont les frontières du champ d'application du droit pénal de manière générale qui se brouillent, et le principe de la légalité criminelle qui vacille* »⁸⁰⁸. La recherche à tout prix de la compétence territoriale débouche donc sur le paradoxe suivant : afin d'assurer le rayonnement externe de la loi pénale française, la jurisprudence contribue au dévoiement interne de cette dernière. En d'autres termes, dans la trilogie « *souveraineté, territorialité, légalité* »⁸⁰⁹ qui définit le droit pénal, la troisième subit l'absolutisme des deux premières.

L'application exclusive de la loi pénale française, passe par une détérioration excessive de celle-ci. Détérioration d'autant plus excessive qu'elle est inutile, dans la mesure où la proclamation de sa compétence par la France, n'est pas assurée d'une quelconque reconnaissance par les autres Etats. En effet, la politique expansionniste de la jurisprudence est moins porteuse de compétence exclusive pour la France, que de conflits positifs de compétence avec les autres Etats, avec tout ce que cela implique en

⁸⁰⁶. *Supra*, n° 54.

⁸⁰⁷. Pour un exemple : JOLY, *Les particularités de la répression en matière d'infractions sexuelles*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006.

⁸⁰⁸. GRUNVALD, « A propos de l'élément matériel de l'infraction », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 143.

⁸⁰⁹. MASSE, « Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 755. Sur la trilogie : ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire », *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 134.

termes de perte d'effectivité des décisions de condamnation rendues. Ce décalage entre l'objectif poursuivi et le résultat obtenu devrait peut-être inciter à reconsidérer tous les moyens déployés au service de la mise en œuvre de l'extension de territorialité, à commencer par les multiples atteintes à la matérialité de l'infraction.

335.- La critique se doit de soulever ces atteintes, mais aussi d'envisager des remèdes contre ces dernières.

L'une des solutions évoquées lors des développements consiste à intervenir sur la qualification juridique de l'infraction, à travers le recours à la qualification d'infraction formelle⁸¹⁰ ou tentée⁸¹¹. La référence à une matérialité, allégée pour l'infraction formelle, ou incomplète pour l'infraction tentée, présente un double avantage. D'une part, un critère de localisation en adéquation avec la structure matérielle de l'infraction. D'autre part, une compétence territoriale fondée, non pas sur l'extension, mais sur le principe de territorialité. Toutefois, la proposition renferme des perspectives limitées, dans la mesure où elle est subordonnée aux infractions disposant, soit d'une déclinaison formelle, soit d'une tentative punissable.

L'autre solution réside tout simplement dans la renonciation à la compétence territoriale, c'est-à-dire dans le refus par la jurisprudence de réputer une infraction commise sur le territoire de la République, dès lors que la dernière composante de l'élément matériel, ou du moins une composante de ce dernier, n'est pas réalisée en France. Une telle proposition ne fait pas nécessairement obstacle à l'application de la loi pénale française, et ne favorise pas non plus l'impunité des auteurs d'infractions comportant un élément d'extranéité. D'une part, l'application de la loi pénale française ne devient pas impossible, cette dernière disposant de nombreux autres fondements, la compétence personnelle active ou passive, la compétence subsidiaire, la compétence réelle, ou encore la compétence universelle. Certes, ces chefs de compétence sont soumis à des conditions auxquelles la compétence territoriale n'est pas subordonnée. Cependant, la mise en œuvre de ces conditions fait l'objet d'aménagements permettant une application de la loi pénale française tout aussi facile et exclusive que la

⁸¹⁰. *Supra*, n° 49.

⁸¹¹. *Supra*, n° 203.

compétence territoriale⁸¹². Et surtout, la raison d'être de ces conditions commande justement de décliner la compétence lorsque ces dernières ne sont pas remplies, et certainement pas de les contourner afin de permettre une application de la loi pénale française encore plus exclusive que ce qui est légalement autorisé. D'autre part, la répression des infractions comportant un élément d'extranéité demeure possible, si ce n'est par la France, par un autre Etat atteint dans son ordre public. En effet, l'argument immanquablement avancé pour justifier l'expansionnisme de la jurisprudence réside dans la crainte des conflits négatifs de compétence. Toutefois, le risque s'avère considérablement limité, dans la mesure où de nombreux Etats disposent d'un arsenal de chefs de compétence à l'image de celui de la France. Rien ne fait obstacle, dans une telle hypothèse, de prévoir un texte spécial aménageant une compétence exceptionnelle⁸¹³. Une telle concession à l'égard des autres Etats serait, c'est sûr, la marque d'un véritable début d'internationalisation du droit pénal français, en attendant, peut-être, un mode de résolution des conflits de compétence sur le modèle du droit international privé⁸¹⁴.

Certes, de telles propositions impliquent une application de la loi pénale moins étendue à l'extérieur des frontières, mais néanmoins mieux respectée à l'intérieur de ces dernières, les extensions du principe de territorialité ne se faisant plus au détriment de la matérialité de l'infraction.

⁸¹². Par exemple, les infractions sexuelles font échec aux conditions de la compétence personnelle active (*C. pén.*, art. 222-22), et le meurtre aggravé est quant à lui dispensé des conditions de la compétence personnelle passive (*C. pén.*, art. 221-5-4).

⁸¹³. Dans le même ordre d'idée, le Professeur Georges LEVASSEUR proposait déjà en son temps « *d'admettre que l'article 693 du Code de procédure pénale crée une présomption de localisation en France (selon Littré ou Larousse, « réputer » a parmi ses synonymes « présumer »), cette présomption étant réfragable, la preuve contraire pouvant être « l'enracinement » de l'infraction dans un autre pays. Les articles 683 à 692 du Code de procédure pénale, malgré leur caractère récent, ne sont ni si complet, ni si clairs qu'il ne faille envisager une importante œuvre d'interprétation. Puisse celle-ci se réaliser dans un esprit qui rende possible une véritable entraide internationale contre les infractions* » : LEVASSEUR, *Droit pénal général complémentaire*, 1960, Les Cours de Droit, p. 128.

⁸¹⁴. Pour une transposition des critères du droit international privé en droit pénal international : CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police : essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, 2003.

BIBLIOGRAPHIE

Manuels et traités

AUBRY et RAU, *Droit civil français*, Paris, 7^e éd., 1964

BACACHE-GIBELLI, *Traité de droit civil, t. V – Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^e éd., 2012

BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003

BERR et TREMEAU, *Le droit douanier*, LGDJ, 7^e éd., 2006

BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013

BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 1975

BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2014

BUFFELAN-LANORE et LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^e éd., 2014

CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014

CARBONNIER, *Droit civil, vol. II – Les biens, Les obligations*, PUF, 2004

CONTE, *Droit pénal spécial*, Lexis Nexis, 4^e éd., 2013

CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004

CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014

DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971

DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, 2^e éd., 1922

DELOURME, *Principes généraux du droit international en matière criminelle*, Thorin, 1882

DESPORTES et LAZERGES-COUSQUIER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 3^e éd., 2013

DESPORTES et LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 17^e éd., 2011

- DONNEDIEU DE VABRES**, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, 1922
- DONNEDIEU DE VABRES**, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947
- DONNEDIEU DE VABRES**, *Les principes modernes du droit pénal international*, Panthéon-Assas, 2004
- DREYER**, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2014
- FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations, t. II – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 3^e éd., 2013
- FAUSTIN-HELIE**, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon, 2^e éd., 1866
- FLOUR, AUBERT et SAVAUX**, *Droit civil, Les obligations, t. II – Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011
- GARE et GINESTET**, *Droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, 7^e éd., 2012
- GARRAUD**, *Précis de droit criminel, Explication élémentaire de la pratique du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Sirey, 15^e éd., 1934
- GARRAUD**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1935
- GOYET**, *Précis de droit pénal spécial*, Sirey, 1972
- GUINCHARD et BUISSON**, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 10^e éd., 2014
- HUET et KÆRING-JOULIN**, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005
- JOUSSE**, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris 1771
- KOLB et LETURMY**, *Droit pénal général*, Gualino, 9^e éd., 2014
- LABORDE**, *Précis de droit pénal français*, Montane, 3^e éd., 1911
- LAMBERT**, *Traité de droit pénal spécial*, Police-Revue, 1968
- LAMBERT-FAIVRE et PORCHY-SIMON**, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 7^e éd., 2011
- LARGUIER et CONTE**, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^e éd., 2004
- LE TOURNEAU**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10^e éd., 2014
- LEPAGE, MAISTRE DU CHAMBON, et SALOMON**, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 3^e éd., 2013
- LEVASSEUR**, *Droit pénal général complémentaire*, Paris, 1960
- LEVASSEUR**, *Cours de droit pénal spécial*, Paris, 1967-1968
- LOCRE**, *La législation civile, commerciale et française de la France ou commentaire et complément des Codes français*, Paris, 1827
- LOMBOIS**, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 1979

- MALABAT**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd, 2011
- MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK**, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2013
- MARTY et RAYNAUD**, *Traité de droit civil, Les obligations, t. I – Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988
- MAYAUD**, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013
- MAZEAUD et CHABAS**, *Leçons de droit civil, t. II – Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., 1998
- MAZEAUD et TUNC**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6^e éd., 1965
- MERLE et VITU**, *Traité de droit criminel, t. I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997
- NORMAND**, *Traité élémentaire de droit criminel*, Pichon, 1896
- ORTOLAN**, *Eléments de droit pénal*, Plon, 5^e éd. 1886
- PLANIOL**, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1906
- POUMAREDE**, *Droit des obligations*, Montchrestien, 2^e éd., 2012
- PRADEL**, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014
- PRADEL et DANTI-JUAN**, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^e éd., 2010
- PRADEL et VARINARD**, *Les grands arrêts du droit criminel*, Dalloz, 7^e éd., 2009
- PUECH**, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976
- PUECH**, *Droit pénal général*, Litec, 1988
- RASSAT**, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006
- RASSAT**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^e éd., 2014
- REBUT**, *Droit pénal international*, Dalloz, 2012
- RENOU**, *Droit pénal général*, Paradigme, 16^e éd., 2012
- ROBERT**, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005
- ROBERT et MATSOPOULOU**, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004
- ROUX**, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 2^e éd., 1927
- SOYER**, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^e éd., 2012
- STARCK, ROLAND, et BOYER**, *Obligations, t. I – Responsabilité délictuelle*, Lexis Nexis, 6^e éd., 1998
- STEFANI et LEVASSEUR**, *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris, 1964
- TERRE, SIMLER et LEQUETTE**, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013

TRAVERS, *Le droit international pénal et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I – Règles générales de compétence des lois répressives*, Sirey, 1920

VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 3^e éd., 2012

VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 14^e éd., 2012

VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 9^e éd., 1947

VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, Paris, 5^e éd., 1891

VINEY, JOURDAIN, et CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013

VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1953

VOUIN et RASSAT, *Droit pénal spécial, t. I – Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique*, Dalloz, 4^e éd., 1976

Thèses et Monographies

BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, Thèse Lyon, 2011

BELLAMY, *Le préjudice dans l'infraction pénale*, Thèse Nancy, 1937

BERNARD, *Conflits de souveraineté en matière pénale*, Paris, 1901

BERNARDINI, *De l'intention coupable en droit pénal*, Thèse Nice, 1976

BROUCHOT, *L'influence du résultat illicite sur la pénalité*, Rousseau, 1905

CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Thèse Poitiers, 1983

CANONNE, *Essai de droit pénal international : l'affaire du Lotus*, Thèse Toulouse, 1929

CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police : essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, 2003

DANA, *Essai sur la notion d'infraction*, Thèse Lyon, LGDJ, 1982

DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, Cujas, 2006

DELOGU, *La culpabilité dans la théorie générale de l'infraction*, Cours dacty., 1952

DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943

- FREIJ**, *L'infraction formelle*, Thèse Paris, 1975
- FOURNET**, *La condition préalable : essai d'une théorie générale*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006
- GENIN**, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain : contribution à l'étude de la subjectivité répressive à Rome*, Thèse Lyon, 1968
- GIOVANOVIČH**, *Du principe de causalité efficiente en droit pénal*, Thèse Paris, 1908
- GROUBER**, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, Thèse Paris, 1915
- HENZELIN et ROTH**, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, 2002
- HUMBERT**, *De la tentative en droit criminel romain*, Thèse Toulouse, 1863
- JOLY**, *Les particularités de la répression en matière d'infractions sexuelles*, Mémoire de Master 2 Paris, 2006
- KÆRING-JOULIN**, *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction : essai sur le règlement des conflits des lois pénales dans l'espace*, Thèse Strasbourg, 1973
- LEVY et ROUSSEAU**, *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIII^e-XX^e siècles)*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1997
- LUCAS DE LEYSSAC**, *Décisions de justice civile et répression pénale*, Thèse Paris, 1975
- MARECHAL**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003
- MAYAUD**, *Le mensonge en droit pénal : essai sur une théorie générale*, Thèse Lyon, 1976
- MOMMSEN**, *Le droit pénal romain*, Bibliothèque nationale de France, 1992
- OTTENHOF**, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970
- PERREAU**, *De la notion de délit continu en doctrine et en jurisprudence*, Les travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris, 1924
- PIN**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002
- PINATEL**, *L'élément matériel de l'infraction dans la criminologie et les sciences de l'homme*, Travaux du colloque de sciences criminelles de Toulouse, 1969
- REBUT**, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon, 1993

- ROLLAND**, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, Thèse Lyon, 1958
- ROUXEL**, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit privé français*, Thèse Grenoble, 1994
- SAENKO**, *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse Paris, 2008
- SALEM**, *Le résultat de l'infraction : étude comparée du droit français, égyptien et musulman*, Thèse Paris, 1990
- STEFANI**, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956
- THELLIER DE PONCHEVILLE**, *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon, 2006
- TSARPALAS**, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Thèse Paris, 1966
- VALOTEAU**, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006
- VERNY**, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Thèse Paris, 2000
- VARINARD**, *La prescription de l'action publique, sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse Lyon, 1973
- WAGNER**, *Les effets de l'infraction : essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 2009

Ouvrages collectifs et encyclopédies

- AINE et ARMAND**, *Dalloz Rép. jur. gén.*, v° Tentative
- AMBROISE-CASTEROT**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Action civile
- BOULOC**, *Encycl. Dalloz Droit pénal*, v° Escroquerie
- CONTE**, *Juris-Classeur Pénal des affaires*, Fasc. 20, Bourses
- COURTIN**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Prescription
- DARSONVILLE**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Viol
- DUCOULOUX-FAVARD**, *Juris-Classeur Société*, Fasc. 1600, Infractions boursières
- DUCOULOUX-FAVARD**, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Abus de confiance
- DUCOULOUX-FAVARD**, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Délits et manquements boursiers

- FOURNIER et BRACH-THIEL**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v°
Compétence internationale
- GARCIN**, *Lamy Droit pénal des affaires*, v° Escroquerie
- GIACOPELLI et CATELAN**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Délit
et manquement boursier
- JAWORSKI**, *Juris-Classeur Environnement et développement durable*, Fasc. 626,
Répression de la pollution des eaux
- JEANDIDIER**, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Abus de confiance
- JEANDIDIER**, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Vol
- JONQUERE**, *Rép. dr. crim.*, v° Escroquerie
- LABREGERE et TRACOL**, *Juris-Classeur Procédure pénale*, Fasc. 20,
Compétence des juridictions pénales françaises et de la loi pénale française
- LESEC**, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Application de la loi pénale dans l'espace
- LUCAS DE LEYSSAC**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Vol
- MAISTRE DU CHAMCON**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Recel
- MASCALA**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Escroquerie
- PY**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Prostitution – Proxénétisme –
Racolage
- RASSAT**, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Escroquerie
- RASSAT**, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Proxénétisme
- REBUT**, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° Tentative
- RÆTS**, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Classification des infractions
- SEGONDS**, *Juris-Classeur Pénal*, Fasc. 20, Tentative

Articles et contributions

- ALT**, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? »,
Rev. sc. crim. 1987, p. 347
- BERNASCONI**, « Les infractions transfrontières : terrorisme, trafic de stupéfiants,
délits financiers », *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica, 1993
- BORGHETTI**, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit
de la responsabilité civile extracontractuelle », *Mélanges Viney*, LGDJ, 2008, p. 145

- BOSSARD**, « La criminalité transfrontières multidisciplinaire », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 756
- BOULOC**, « Remarques sur l'élément matériel du recel », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 364
- CADIET**, « Les métamorphoses du préjudice », *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, p. 37
- CATALA**, « Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *La Documentation Française*, 2006, p. 153
- CHACORNAC**, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 849
- CORLAY**, « Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol », *JCP G* 1984, I, 3160
- DELMAS-MARTY**, « Les contradictions du droit », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 2
- DEVEZE**, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1981, p. 777
- DONNIER**, « Les infractions continues », *Rev. sc. crim.* 1958, p. 749
- DOUCET**, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 726
- DREYER**, « Point de départ de la réflexion : la prescription sur internet », *D.* 2001, p. 1833
- DUCOULOUX-FAVARD**, « La marche du temps réel en bourse », *Bull. Joly Bourse* 2001, p. 222
- DURAN**, « Le chèque sans provision », *Rev. sc. crim.* 1949, p. 21
- ESMEIN**, « Y a-t-il des infractions continues ? », *RID pén.* 1924, p. 111
- FERAUD**, « La répression de l'utilisation non autorisée d'un véhicule à moteur au moyen d'une infraction spécifique », *Rev. sc. crim.* 1963, p. 543
- GARÇON**, « Etudes sur les délits continus et successifs », *Journal du ministère public et du droit criminel* 1914, p. 97
- GOUTAL**, « L'autonomie du droit pénal, reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 911
- GRUNVALD**, « A propos de l'élément matériel de l'infraction : quelques questions de frontières », *Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 143
- GUERY**, « De l'escroquerie et de l'usage de faux envisagés sous l'angle d'un régime dérogatoire à la prescription de l'action publique », *D.* 2012, p. 1839

- HARDOUIN-LE GOFF**, « Les fictions légales en droit pénal », *Dr. pén.* 2009, p. 10
- HERZOG**, « Réflexions sur la législation pénale du chèque », *Mélanges Patin*, Cujas, 1965, p. 275
- HERZOG**, « Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger », *Etudes de droit contemporain, Contribution française au 7^e Congrès international de droit comparé*, Uppsala, 1966, p. 545
- JEANDIDIER**, « Les vicissitudes du droit pénal positif du chèque », *Mélanges Larguier*, PUG, 1993
- JEANDIDIER**, « L'élément matériel des infractions d'affaire ou la prédilection pour l'inconsistance », *Mélanges Cassin*, PUAM, 2007, p. 246
- KEYMAN**, « Le résultat pénal », *Rev. sc. crim.* 1968, p. 788
- LAINE**, « La rédaction du Code civil », *Rev. dr. intern. priv.* 1905, p. 37
- LANGEMEIJER**, « Le principe de territorialité du droit pénal », *Mélanges Van Bemmelen*, Leyde, 1965, p. 17
- LANTHIEZ**, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464
- LAPOYADE-DESCHAMPS**, « Quelle(s) réparation(s) ? », in *La responsabilité à l'aube du XIX^e siècle : bilan prospectif, Resp. civ. et assur.* 2000 (hors-série), p. 62
- LARGUIER**, « Un recul de l'infraction permanente », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 331
- LE CALVEZ**, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal : la remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 337
- LEAUTE**, « Les frontières du droit des contrats et du droit de propriété en droit pénal », *Mélanges de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 249
- LEDUC**, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? Point de vue privatiste », *Resp. civ. et assur.* 2010
- LEGEAIS**, « L'évolution des solutions françaises des conflits de lois en matière pénale », *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 545
- LOMBOIS**, « L'avant projet de révision du code pénal : le droit pénal international », *RID pén.* 1980, p. 55
- LUCAS DE LEYSSAC**, « L'escroquerie par simple mensonge ? », *D.* 1981, p. 17
- LUCAZEAU**, « Le temps en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 521
- MANACORDA**, « Le droit pénal international dans les réformes française et italienne », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 332

- MARMIER**, « De la condition préalable du délit de non-représentation d'enfants », *Rev. sc. crim.* 1970, p. 572
- MASSE**, « Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur Code pénal », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 398
- MASSE**, « La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 856
- MASSE**, « Des figures asymétriques de l'internationalisation », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 755
- MAYAUD**, « Ratio legis et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597
- MAYAUD**, « Le risque causé à autrui, infraction complexe ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 575
- MAYAUD**, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 815
- MAYER**, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente », *D.* 1979, p. 23
- MERCIER**, « Le conflit des lois pénales », *Revue de droit pénal et de législation comparée* 1931, p. 439
- OLLARD**, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 561
- ORTOLAN**, « Les délits continus », *RCLF* 1854, IV, p. 336
- POLLAUD-DULIAN**, « L'habitude en droit des affaires », *Mélanges Sayag*, Litec, 1997, p. 349
- REMY et BORGHETTI**, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 62
- ROBERT**, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 269
- ROBERT**, « La mondialisation du droit pénal », *Dr. pén.* 2004, p. 3
- ROLLAND**, « L'escroquerie au jugement », *Mélanges Patin*, Cujas, 1965, p. 250
- ROTH**, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire », *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 134
- ROUJOU DE BOUBÉE**, « La mise en œuvre du Code pénal », *D.H.* 1996, p. 371
- ROZES**, « L'infraction consommée », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 609
- RUET**, « La réglementation de l'utilisation d'Internet dans la passation des ordres de bourse », *Dr. sociétés* 2000, p. 6

- SIMON**, « Sur les cas de délit manqué », *RD pén. crim.* 1949, p. 673, *ibid.* 1950, p. 136
- SOLNAR**, « La notion d'infraction continuée sur la base du droit pénal comparé », *Mélanges Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 329
- SOUWEINE**, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », *Mélanges Larguier*, PUG, 1993, p. 308
- STIPERI**, « L'infraction formelle », *Rev. sc. crim.* 1966, p. 510
- VERDIER**, « La réparation du dommage matériel en droit pénal », *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 352
- VERON**, « Le contrat préalable à l'abus de confiance », *Dr. pén.* 1995, chron. 21
- VERON**, « L'abus de confiance : son extension dans l'espace et dans le temps », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1155
- VUELTA-SIMON**, « Aperçu de la justice pénale française à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Mélanges Pradel*, Cujas, 2004, p. 660

Décisions et commentaires

- Crim.**, 21 nov. 1806, *S.* 1808, p. 310
- Crim.**, 22 mai 1818, *Bull. crim.* n° 63
- Crim.**, 9 août 1833, *S.* 1833, 1, p. 867
- Crim.**, 2 avr. 1835, *S.* 1835, 1, p. 699
- Crim.**, 18 nov. 1837, *Bull. crim.* n° 405, *S.* 1838, 1, p. 366
- Ch. réunies**, 4 nov. 1839, *S.* 1839, p. 929
- Crim.**, 14 déc. 1839, *Bull. crim.* n° 380, *S.* 1840, 1, p. 550
- Crim.**, 2 mai 1845, *D.* 1845, 1, p. 298, *S.* 1845, 1, p. 474
- Crim.**, 13 sept. 1845, *S.* 1846, 1, p. 158
- Crim.**, 4 nov. 1848, *S.* 1849, 1, p. 383
- Crim.**, 10 mai 1850, *Bull. crim.* n° 153
- Crim.**, 12 juill. 1850, *Bull. crim.* n° 219
- Crim.**, 9 sept. 1850, *Bull. crim.* n° 310
- Crim.**, 20 août 1852, *Bull. crim.* n° 291, *D.* 1852, 5, p. 132
- Crim.**, 14 oct. 1854, *Bull. crim.* n° 304, *S.* 1854, 1, p. 125

Paris, 9 nov. 1855, *D.* 1856, 2, p. 150
Crim., 5 févr. 1857, *S.* 1857, 1, p. 220
Crim., 13 juin 1857, *Bull. crim.* n° 227
Crim., 12 nov. 1858, *Bull. crim.* n° 267
Orléans, 12 déc. 1859, *D.* 1860, 2, p. 112
Crim., 5 janv. 1861, *D.* 1861, 1, p. 48
Crim., 20 juill. 1861, *D.* 1861, 1, p. 405, *S.* 1861, 1, p. 1020
Crim., 3 janv. 1862, *Bull. crim.* n° 4
Crim., 5 déc. 1862, *Bull. crim.* n° 267, *D.* 1867, 5, p. 94
Crim., 15 mai 1863, *S.* 1863, 1, p. 406
Crim., 27 févr. 1864, *S.* 1864, 1, p. 341
Crim., 12 nov. 1864, *D.* 1865, 5, p. 158
Crim., 9 déc. 1864, *Bull. crim.* n° 281, *D.* 1867, 5, p. 95
Crim., 23 mai 1868, *S.* 1869, p. 144
Crim., 13 août 1868, *D.* 1869, 1, p. 486
Crim., 14 nov. 1869, *S.* 1871, 1, p. 175
Crim., 10 déc. 1869, *D.* 1870, 1, p. 441
Crim., 6 janv. 1872, *Bull. crim.* n° 6, *D.* 1872, 1, p. 142, *S.* 1872, 1, p. 255
Crim., 19 déc. 1873, *Bull. crim.* n° 31
Crim., 24 juill. 1875, *Bull. crim.* n° 239
Crim., 24 juin 1876, *S.* 1877, 1, p. 43
Crim., 24 août 1876, *S.* 1877, p. 553
Crim., 4 nov. 1876, *Bull. crim.* n° 210, *D.* 1878, 1, p. 33, Lefort, *S.* 1877, 1, p. 48
Crim., 12 avr. 1877, *D.* 1878, 1, p. 33, *S.* 1877, 1, p. 329
Crim., 10 août 1878, *S.* 1878, p. 385
Crim., 1er mai 1879, *S.* 1880, 1, p. 233
Crim., 28 août 1879, *Bull. crim.* n° 173, *S.* 1880, 1, p. 389
Crim., 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59, *S.* 1881, 1, p. 329
Crim., 11 août 1882, *D.* 1883, 1, p. 96, *S.* 1885, 1, p. 184
Crim., 23 juin 1883, *Bull. crim.* n° 161
Crim., 2 août 1883, *D.* 1884, 1, p. 139, *S.* 1885, 1, p. 509
Crim., 9 janv. 1885, *Bull. crim.* n° 20
T. corr. Paris, 30 mai 1885, *Cl.* 1885, p. 433
Crim., 26 juin 1885, *D.* 1886, 1, p. 89, Garraud

- T. corr. Seine, 2 mars 1886**, *S.* 1886, 2, p. 142
- Crim., 2 juill. 1886**, *S.* 1887, 1, p. 489
- Crim., 23 déc. 1887**, *Bull. crim.* n° 445
- Crim., 20 janv. 1888**, *S.* 1889, p. 281
- Crim., 8 nov. 1888**, *Bull. crim.* n° 313, *S.* 1890, 1, p. 287
- Rouen, 8 févr. 1890**, *JDI* 1891, p. 169
- Crim., 26 nov. 1891**, *D.* 1892, p. 252
- Crim., 4 janv. 1895**, *D.* 1896, 1, p. 21, Garraud
- Crim., 8 févr. 1895**, *Bull. crim.* n° 54
- Crim., 7 mars 1895**, *Bull. crim.* n° 76
- Crim., 23 avr. 1896**, *S.* 1897, 1, p. 59
- Crim., 13 mai 1898**, *D.* 1899, 1, p. 206
- Crim., 10 févr. 1900**, *D.* 1902, p. 207, *S.* 1902, p. 111
- Crim., 23 nov. 1901**, *D.* 1904, p. 571
- Crim., 25 juill. 1902**, *D.* 1903, p. 67, *S.* 1903, p. 541
- Crim., 8 août 1902**, *Bull. crim.* n° 283
- Crim., 4 juill. 1903**, *D.* 1903, 1, p. 425
- T. corr. Seine, 5 nov. 1903**, *Cl.* 1904, p. 379
- Crim., 13 mai 1904**, *Bull. crim.* n° 222
- Crim., 5 déc. 1905**, *Bull. crim.* n° 485
- T. corr. Seine, 20 juin 1906**, *Rev. crit. DIP* 1912, p. 572
- T. corr. Seine, 29 juin 1906**, *Cl.* 1907, p. 130, *Rev. dr. intern. pr.* 1907, p. 572
- Crim., 12 juill. 1906**, *Gaz. trib.* 1906, II, 1, p. 175
- Crim., 10 août 1906**, *Bull. crim.* n° 333
- Crim., 8 oct. 1906**, *Bull. crim.* n° 372, *D.* 1908, 1, p. 143
- Crim., 4 janv. 1907**, *Rev. crit. DIP* 1907, p. 390
- Crim., 30 avr. 1908**, *D.* 1909, 1, p. 241, Le Poitevin, *JDI* 1908, p. 514, Perroud, *S.* 1908, 1, p. 553, Roux
- Crim., 18 déc. 1908**, *D.* 1911, 5, p. 11, *Gaz. Pal.* 1909, 1, p. 680, *JDI* 1909, p. 1061, *S.* 1913, 1, p. 116
- Crim., 27 mars 1909**, *S.* 1911, p. 177, Roux
- Paris, 28 oct. 1909**, *Rev. dr. intern. pr.* 1910, p. 110, de Lapradelle
- Crim., 4 févr. 1910**, *S.* 1913, p. 65
- Crim., 4 mars 1910**, *Bull. crim.* n° 106

- Crim., 25 févr. 1911**, *S.* 1915, p. 171
- Crim., 31 août 1911**, *Rev. crit. DIP* 1912, p. 360, de Lapradelle
- Crim., 8 juin 1912**, *Bull. crim.* n° 308, *D.* 1913, 1, p. 154
- Paris, 16 nov. 1912**, *D.* 1913, 2, p. 240
- Crim., 22 nov. 1912**, *Bull. crim.* n° 567
- Crim., 28 déc. 1912**, *Bull. crim.* n° 686
- Crim., 3 janv. 1913**, *D.* 1914, 1, p. 41, Donnedieu de Vabres, *S.* 1913, 1, p. 281, Roux
- Crim., 9 janv. 1913**, *Bull. crim.* n° 11, *D.* 1914, 5, p. 13, *ibid.* 1917, 1, p. 99, *S.* 1913, p. 599
- Paris, 12 mars 1913**, *Gaz. Pal.* 1913, 1, p. 439
- Crim., 13 mars 1913**, *Bull. crim.* n° 133
- Crim., 20 juin 1913**, *Bull. crim.* n° 305
- Crim., 22 janv. 1914**, *D.* 1914, 1, p. 256, *S.* 1916, 1, p. 128
- T. corr. Seine, 20 oct. 1915**, *Cl.* 1916, p. 571
- T. corr. Havre, 5 janv. 1916**, *Cl.* 1916, p. 573, *Rev. crit. DIP* 1918, p. 86, de Lapradelle
- Crim., 22 nov. 1917**, *Bull. crim.* n° 242
- Crim., 15 mars 1919**, *S.* 1921, p. 387
- Crim., 4 avr. 1919**, *Bull. crim.* n° 87
- Crim., 20 juin 1919**, *S.* 1922, p. 332
- Crim., 3 juill. 1920**, *D.* 1921, 1, p. 54
- Crim., 27 nov. 1920**, *D.* 1921, p. 152
- Crim., 6 mai 1921**, *Bull. crim.* n° 202
- Crim., 18 oct. 1924**, *D.H.* 1924, p. 618
- Crim., 22 nov. 1924**, *S.* 1924, 1, p. 375
- Crim., 30 juill. 1927**, *Bull. crim.* n° 198, *S.* 1929, p. 159
- CPJI, 7 sept. 1927**, *Rev. crit. DIP* 1928, p. 377, Donnedieu de Vabres, *RID pén.* 1929, p. 325
- Crim., 20 oct. 1927**, *Bull. crim.* n° 225, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 956, *S.* 1930, p. 116
- Crim., 3 nov. 1927**, *S.* 1929, 1, p. 119
- Crim., 11 mai 1928**, *S.* 1930, 1, p. 40
- T. corr. Saint-Étienne, 2 juill. 1928**, *D.* 1929, 2, p. 111, *Gaz. Pal.* 1928, 2, p. 306

- Crim., 9 nov. 1928**, *Bull. crim.* n° 57, *D.* 1929, 1, p. 97, Henry, *JCP G* 1929, p. 239, Garraud
- T. corr. Nantes, 31 oct. 1930**, *Gaz. Pal.* 1930, 2, p. 923, *S.* 1931, 2, p. 83
- Crim., 18 mai 1931**, *Bull. crim.* n° 143, *Gaz. Pal.* 1931, 2, p. 241
- Crim., 23 avr. 1932**, *Bull. crim.* n° 115, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 194
- Crim., 8 juill. 1932**, *Bull. crim.* n° 175, *D.H.* 1932, p. 558, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 569
- Crim., 29 juill. 1932**, *JDI* 1933, p. 636
- Crim., 26 nov. 1932**, *Bull. crim.* n° 245
- Crim., 2 mars 1933**, *Gaz. Pal.* 1933, 1, p. 689
- Crim., 27 juill. 1933**, *D.* 1933, 1, p. 159, *S.* 1935, 1, p. 38
- Crim., 9 déc. 1933**, *Bull. crim.* n° 237, *S.* 1936, 1, p. 313, Légal
- Crim., 4 janv. 1935**, *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 353
- Crim., 12 déc. 1935**, *Gaz. Pal.* 1936, 1, p. 116, *Rev. sc. crim.* 1936, p. 244, Donnedieu de Vabres, *S.* 1937, 1, p. 280
- Crim., 7 mars 1936**, *D.H.* 1936, p. 196
- Crim., 17 oct. 1936**, *D.H.* 1936, p. 542
- Crim., 22 oct. 1936**, *Bull. crim.* n° 101
- Crim., 30 oct. 1936**, *D.H.* 1936, p. 590
- Crim., 27 juill. 1938**, *Bull. crim.* n° 188, *Rev. sc. crim.* 1939, p. 88, Donnedieu de Vabres
- Crim., 3 août 1938**, *Rev. sc. crim.* 1939, p. 84, Hugueney
- Crim., 17 mai 1939**, *Bull. crim.* n° 112
- Poitiers, 16 août 1940**, *D.C.* 1941, p. 78, Lebrun
- Crim., 7 nov. 1941**, *D.C.* 1942, p. 9
- Pau, 2 déc. 1943**, *JCP G* 1944, II, 2724, Seignolle
- Crim., 15 déc. 1943**, *Bull. crim.* n° 153, *D.* 1945, p. 131, Donnedieu de Vabres
- Crim., 23 déc. 1943**, *Rev. sc. crim.* 1946, p. 72, *S.* 1944, p. 51
- Crim., 7 janv. 1944**, *S.* 1944, 1, p. 112
- Crim., 17 mars 1944**, *Bull. crim.* n° 112
- Crim., 24 mars 1944**, *Bull. crim.* n° 83, *D.A.* 1944, p. 75, *Gaz. Pal.* 1944, 1, p. 254
- Crim., 28 juin 1944**, *JCP G* 1944, IV, 99
- Crim., 7 juill. 1944**, *Gaz. Pal.* 1944, 2, p. 155
- Crim., 5 juill. 1945**, *Bull. crim.* n° 76
- Crim., 24 mai 1946**, *Bull. crim.* n° 215

Crim., 4 déc. 1947, *Bull. crim.* n° 241
Rennes, 27 janv. 1948, *JCP G* 1948, IV, 92
Crim., 8 juill. 1948, *Bull. crim.* n° 191
Pau, 25 sept. 1948, *JCP G* 1949, II, 4788, Laurent et Seignolle
Crim., 19 mai 1949, *Bull. crim.* n° 181
Crim., 15 déc. 1949, *Bull. crim.* n° 350
Crim., 29 déc. 1949, *Bull. crim.* n° 363, *JCP G* 1950, II, 5582
Crim., 3 août 1950, *D.* 1950, p. 667
Nancy, 24 mai 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 236
Crim., 7 mai 1951, *D.* 1951, p. 489, Vouin, *S.* 1952, p. 21
Crim., 31 mai 1951, *Bull. crim.* n° 154, *JCP G* 1951, II, 6417, Colombini
Crim., 5 juill. 1951, *Bull. crim.* n° 198, *Rev. sc. crim.* 1952, p. 439, Légal
Crim., 8 nov. 1951, *JCP G* 1952, IV, 1
Crim., 6 janv. 1953, *Bull. crim.* n° 3, *D.* 1953, p. 152
Crim., 5 mars 1953, *Bull. crim.* n° 80
Crim., 11 juin 1953, *D.* 1953, p. 589
T. corr. Saint-Claude, 7 janv. 1954, *JCP G* 1954, II, 7938, Chambon
Crim., 27 janv. 1954, *Bull. crim.* n° 38
Crim., 30 mars 1954, *D.* 1954, p. 455, Golléty
Crim., 13 mai 1954, *D.* 1954, p. 695
Crim., 18 mai 1954, *Bull. crim.* n° 695
Crim., 28 mai 1954, *Bull. crim.* n° 200
Crim., 12 juin 1954, *Bull. crim.* n° 210
Crim., 11 janv. 1955, *Bull. crim.* n° 17
Crim., 1^{er} mars 1955, *JCP G* 1955, II, 8649
Crim., 27 avr. 1955, *Bull. crim.* n° 209, *D.* 1955, p. 455
Dakar, 7 juill. 1955, *D.* 1956, p. 64, Larguier
Crim., 15 nov. 1955, *Bull. crim.* n° 478
Crim., 20 nov. 1956, *Bull. crim.* n° 764
Crim., 19 déc. 1956, *JCP G* 1957, II, 9923
T. corr. Seine, 19 déc. 1956, *JCP G* 1963, IV, 144
Crim., 17 janv. 1957, *Bull. crim.* n° 53
Crim., 27 mars 1957, *Bull. crim.* n° 294, *JCP G* 1957, IV, 69
Crim., 16 oct. 1957, *Bull. crim.* n° 636, *JCP G* 1957, IV, 166

- Crim., 28 nov. 1957**, *Bull. crim.* n° 783
- Crim., 5 déc. 1957**, *Bull. crim.* n° 808
- Crim., 5 févr. 1958**, *Bull. crim.* n° 126
- Crim., 14 mars 1958**, *D.* 1958, p. 513, *Rev. sc. crim.* 1959, p. 125, Bouzat
- Crim., 30 mai 1958**, *D.* 1958, p. 513, *JCP G* 1958, II, 10809, Chavanne
- Crim., 19 févr. 1959**, *Bull. Crim.* n° 123, *D.* 1959, p. 331, Roujou de Boubée, *JCP G* 1959, II, 11178, Chambon, *S.* 1959, p. 21
- Crim., 3 mars 1959**, *Bull. crim.* n° 148, *D.* 1960, p. 7
- Crim., 20 oct. 1959**, *D.* 1960, p. 300, Lagarde, *RTD com.* 1961, p. 212, Loussouarn
- Crim., 28 oct. 1959**, *D.* 1960, p. 314, Chavanne, *JCP G* 1959, II, 11343, Chambon
- Paris, 16 janv. 1960**, *JCP G* 1960, II, 11473
- Crim., 28 janv. 1960**, *Bull. crim.* n° 55, *D.* 1960, p. 315, *Gaz. Pal.* 1960, 1, p. 214, *Rev. sc. crim.* 1961, p. 340, Légal
- Crim., 29 juin 1960**, *D.* 1960, p. 616, *JCP G* 1960, IV, 127
- Crim., 20 juill. 1960**, *Bull. crim.* n° 382, *D.* 1961, p. 191, Chavanne, *Gaz. Pal.* 1960, 2, p. 252, *JCP G* 1961, II, 11973, Guyon, *S.* 1961, p. 175
- Crim., 7 déc. 1960**, *Bull. crim.* n° 575, *JCP G* 1961, II, 11964, Chambon
- Crim., 14 févr. 1961**, *JCP G* 1961, IV, 46
- T. corr. Bourg-en-Bresse, 7 juin 1961**, *JCP G* 1961, II, 12612
- Crim., 15 juin 1961**, *Bull. crim.* n° 299
- Crim., 2 nov. 1961**, *D.* 1962, p. 32, *Gaz. Pal.* 1962, 1, p. 150, *JCP G* 1961, IV, 170, *Rev. sc. crim.* 1962, p. 335, Bouzat
- Crim., 6 janv. 1962**, *Bull. crim.* n° 11
- Crim., 29 mars 1962**, *Bull. crim.* n° 153
- Crim., 25 oct. 1962**, *Bull. crim.* n° 292 et 293, *D.* 1963, p. 221, Bouzat, *JCP G* 1963, II, 12985, Vouin, *Rev. sc. crim.* 1963, p. 553, Légal, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976, p. 329, Puech
- Crim., 22 janv. 1963**, n° 62-92.644, *Bull. crim.* n° 37
- Crim., 14 févr. 1963**, *Bull. crim.* n° 80, *D.* 1963, p. 586
- Crim., 20 févr. 1963**, *D.* 1963, p. 103, *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 119
- T. corr. Auxerre, 9 avr. 1963**, *D.* 1963, p. 103, *JCP G* 1963, II, 11367, Legeais, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 129, Légal
- Crim., 21 mai 1963**, *D.* 1963, p. 568, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 143
- Crim., 26 juin 1963**, *Bull. crim.* n° 231

- Crim., 16 oct. 1963**, *Bull. crim.* n° 283, *S.* 1964, 1, p. 89, Rérole
- Crim., 31 oct. 1963**, *D.* 1964, p. 42
- Crim., 3 déc. 1963**, n° 62-93.686, *Bull. crim.* n° 344
- Crim., 10 juin 1964**, n° 64-90.145, *Bull. crim.* n° 200
- Colmar, 18 déc. 1964**, *RCDP* 1965, p. 373
- Crim., 9 févr. 1965**, *D.* 1965, p. 475
- Crim., 13 mai 1965**, n° 65-91.166, *Bull. crim.* n° 139
- Crim., 20 juill. 1965**, *Bull. crim.* n° 150
- Crim., 24 nov. 1965**, *Bull. crim.* n° 249
- Crim., 16 déc. 1965**, n° 65-91.478, *Bull. crim.* n° 279
- Crim., 22 déc. 1965**, n° 64-92.584, *Bull. crim.* n° 285
- Crim., 25 janv. 1966**, *Gaz. Pal.* 1966, 1, p. 269
- Crim., 22 avr. 1966**, n° 65-91.497, *Bull. crim.* n° 121, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 171, Légal
- Crim., 28 avr. 1966**, n° 65-92.230, *Bull. crim.* n° 130
- Paris, 1^{er} juill. 1966**, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 163, Aymond
- Crim., 6 juill. 1966**, n° 65-91.217, *Bull. crim.* n° 193
- Crim., 27 oct. 1966**, n° 66-91.280, *Bull. crim.* n° 244, *Gaz. Pal.* 1967, 1, p. 10, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 739, Decocq, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 438, Légal, *ibid.* 1967, p. 665, Levasseur
- Colmar, 20 févr. 1967**, *JCP G* 1967, II, 15134, Michaud
- Crim., 8 avr. 1967**, *D.* 1967, p. 432, *JCP G* 1967, II, 15248, Gavalda
- Crim., 19 avr. 1967**, n° 66-91.284, *Bull. crim.* n° 125
- Crim., 25 mai 1967**, n° 66-93.076, *Bull. crim.* n° 164, *D.* 1967, p. 551, *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 118, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 474, Decocq, *Rev. sc. crim.* 1967, p. 880, Robert, *ibid.* 1968, p. 65, Légal
- TGI Seine, 12 juin 1967**, *D.* 1967, p. 641, *JCP G* 1967, II, 15295, de Lestang
- T. corr. Fort-de-France, 22 sept. 1967**, *JCP G* 1968, II, 15583, Biswang, *Rev. sc. crim.* 1969, p. 130, Légal
- Crim., 13 juin 1968**, n° 68-90.382, *Bull. crim.* n° 196
- Crim., 18 juill. 1968**, n° 67-91.361, *Bull. crim.* n° 233
- Crim., 18 juill. 1968**, n° 67-90.783, *Bull. crim.* n° 234
- Crim., 24 mars 1969**, n° 67-93.576, *Bull. crim.* n° 127

- Crim., 4 juin 1969**, n° 68-93.427, *Bull. crim.* n° 190, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 106, *JCP G* 1969, II, 16011, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 84, Légal
- Crim., 9 juill. 1969**, n° 68-90.795, *Bull. crim.* n° 221
- Crim., 16 juill. 1969**, n° 69-90.363, *Bull. crim.* n° 228, *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 253
- Crim., 23 juill. 1969**, n° 69-90.087, *Bull. crim.* n° 234, *D.* 1970, p. 361, Roujou de Boubée, *JCP G* 1970, II, 16507 bis, Littman
- Crim., 7 oct. 1969**, n° 68-92.359, *Bull. crim.* n° 242, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 398, Bouzat
- Crim., 18 nov. 1969**, n° 68-91.385, *Bull. crim.* n° 302, *D.* 1970, p. 437, Bouloc, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 398, Bouzat
- Crim., 10 mars 1970**, n° 68-92.321, *Bull. crim.* n° 96
- Crim., 16 mars 1970**, n° 68-91.369, *Bull. crim.* n° 104, *D.* 1970, p. 497
- Crim., 3 nov. 1970**, n° 70-90.953, *Bull. crim.* n° 285, *Gaz. Pal.* 1971, 1, p.183, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 702, Robert
- Crim., 10 déc. 1970**, n° 70-91.155, *Bull. crim.* n° 334, *D.* 1972, p. 155, Roujou de Boubée, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 641, Doucet, *JCP G* 1972, II, 17277, Gassin, *Rev. sc. crim.* 1971, p. 691, Bouzat, *RTD com.* 1971, p. 852, Bouzat
- Crim., 16 déc. 1970**, n° 69-91.532, *Bull. crim.* n° 341, *Rev. sc. crim.* 1982, p. 377, Légal
- Crim., 29 déc. 1970**, n° 70-90.981, *Bull. crim.* n° 356, *JCP G* 1970, II, 16770, Bouzat, *Rev. sc. crim.* 1972, p. 99, Légal
- Crim., 3 mars 1971**, n° 70-90.333, *Bull. crim.* n° 73, *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 362
- Crim., 30 mars 1971**, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 406
- Crim., 13 mai 1971**, n° 70-92.059, *Bull. crim.* n° 157
- Crim., 19 mai 1971**, n° 70-91.201, *Bull. crim.* n° 167
- Crim., 22 juill. 1971**, n° 70-90.318, *Bull. crim.* n° 237
- Crim., 26 juill. 1971**, n° 69-92.539, *Bull. crim.* n° 242
- Crim., 18 janv. 1972**, n° 70-91.734, *Bull. crim.* n° 26
- Crim., 9 mai 1972**, n° 71-90.996, *Bull. crim.* n° 161
- Crim., 30 mai 1972**, n° 71-92.003, *Bull. crim.* n° 180
- Crim., 8 nov. 1972**, n° 72-91.720, *Bull. crim.* n° 331, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 205, Doucet, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 372, n° 30, Pradel et Varinard
- Crim., 6 déc. 1972**, n° 72-93.317, *Bull. crim.* n° 381, *JCP G* 1974, II, 17674
- T. corr. Dijon, 28 févr. 1973**, *JCP G* 1974, II, 17803, Puech

- Crim., 18 août 1973**, n° 73-90.434, *Bull. crim.* n° 339, *Rev. sc. crim.* 1974, p. 575, Larguier
- Crim., 13 févr. 1974**, n° 73-91.440, *Bull. crim.* n° 64
- Crim., 2 mai 1974**, n° 72-90.462, *Bull. crim.* n° 156
- Crim., 3 mai 1974**, n° 73-92.289, *Bull. crim.* n° 157, *D.* 1974, p. 139, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 372, n° 30, Pradel et Varinard
- Crim., 7 mai 1974**, n° 72-91.900, *Bull. crim.* n° 160, *JCP G* 1976, II, 18285, Fourgoux
- Crim., 18 juill. 1974**, n° 73-92.016, *Bull. crim.* n° 258
- Crim., 22 oct. 1974**, n° 74-90.967, *Bull. crim.* n° 300
- Crim., 17 déc. 1974**, n° 73-91.110, *Bull. crim.* n° 371
- Crim., 19 déc. 1974**, *D.* 1975, p. 631, Levasseur et Bouloc
- Crim., 28 mai 1975**, n° 74-93.247, *Bull. crim.* n° 137
- Crim., 11 juin 1975**, n° 75-90.235, *Bull. crim.* n° 150, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 407, Larguier
- T. corr. Paris, 29 oct. 1975**, *D.* 1976, p. 53, Delmas-Marty, *JCP G* 1976, II, 18329, Tunc, *Rev. sociétés* 1976, p. 345, Bouloc
- T. corr. Paris, 19 déc. 1975**, *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 51, *JCP G* 1976, II, 18329, Tunc, *RTD com.* 1976, p. 215, Bouzat
- Crim., 21 janv. 1976**, *Bull. crim.* n° 35
- Crim., 27 janv. 1976**, *D.* 1976, p. 102
- Crim., 11 févr. 1976**, n° 75-91.806, *Bull. crim.* n° 54, *D.* 1976, p. 295, Dauvergne, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 733, Bouzat
- T. corr. Paris, 17 mars 1976**, *JCP G* 1976, II, 18496, Tunc
- Crim., 21 juin 1976**, n° 75-91.825, *Bull. crim.* n° 222, *Rev. sc. crim.* 1977, p. 101, Levasseur
- T. corr. Paris, 15 oct. 1976**, *JCP G* 1977, II, 18543, Tunc, *Rev. sociétés* 1977, p. 123, Bouloc
- Crim., 8 nov. 1976**, n° 76-90.145, *Bull. crim.* n° 317, *D.* 1976, p. 335
- Crim., 23 nov. 1976**, n° 75-90.852, *Bull. crim.* n° 335
- Reims, 9 déc. 1976**, *Rev. sc. crim.* 1977, p. 571, Vitu
- Crim., 26 janv. 1977**, n° 76-90.485, *Bull. crim.* n° 35
- Douai, 25 févr. 1977**, *Rev. jur. env.* 1977, p. 185 et 317, Littmann-Martin
- Paris, 30 mars 1977**, *JCP G* 1978, II, 18789, Tunc

- Crim., 9 juin 1977**, n° 77-91.008, *Bull. crim.* n° 211
- Crim., 6 oct. 1977**, n° 76-93.263, *Bull. crim.* n° 293
- Crim., 15 nov. 1977**, n° 77-90.089, *Bull. crim.* n° 352, *Rev. sc. crim.* 1978, p. 627, Vitu
- Crim., 4 janv. 1978**, n° 77-90.947, *Bull. crim.* n° 5
- Crim., 10 mai 1978**, n° 77-91.445, *Bull. crim.* n° 148, *Rev. sc. crim.* 1979, p. 868, Bouzat
- Crim., 29 mai 1978**, n° 74-90.413, *Bull. crim.* n° 170, *D.* 1978, IR, p. 344, Roujou de Boubée
- Crim., 23 oct. 1978**, n° 74-90.336, *Bull. crim.* n° 283
- Crim., 8 janv. 1979**, n° 77-93.038, *Bull. crim.* n° 13, *D.* 1979, p. 509, Corlay
- T. corr. Paris, 30 mars 1979**, *JCP G* 1980, II, 19306, Tunc
- T. corr. Paris, 18 avr. 1979**, *JCP G* 1980, I, 19306, Tunc
- Crim., 9 mai 1979**, n° 78-93.534, inédit, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 446, Bouzat
- Crim., 15 mai 1979**, n° 78-93.914, *Bull. crim.* n° 175, *D.* 1979, p. 525, Puech, *ibid.* 1980, p. 409, Cambassédès, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 88, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 969, Larguier
- Crim., 19 juin 1979**, n° 79-90.526, *Bull. crim.* n° 219, *D.* 1979, p. 525, Puech
- Crim., 19 déc. 1979**, n° 79-91.547, *Bull. crim.* n° 369
- Crim., 7 janv. 1980**, n° 79-90.933, *Bull. crim.* n° 8, *D.* 1980, p. 521, Puech
- Crim., 16 avr. 1980**, n° 79-91.959, *Bull. crim.* n° 107, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 141
- Crim., 2 juill. 1980**, n° 79-94.742, *Bull. crim.* n° 211, *Gaz. Pal.* 1981, 1, p. 232, *Rev. sc. crim.* 1982, p. 331, Larguier
- Civ. 3^e, 16 juill. 1980**, n° 79-11.336, *Bull. civ.* n° 139
- Crim., 11 févr. 1981**, n° 80-92.059, *Bull. crim.* n° 53
- Crim., 13 oct. 1981**, n° 80-93.302, *Bull. crim.* n° 271, *JCP G* 1982, II, 19862, Maistre du Chambon, *Rev. sc. crim.* 1983, p. 453, Larguier
- Crim., 12 nov. 1981**, n° 79-90.830, *Bull. crim.* n° 302
- T. corr. Metz, 27 mai 1982**, *D.* 1983, p. 422, Meyer, *Gaz. Pal.* 1983, 1, p. 79, Fourgoux
- Crim., 13 déc. 1982**, inédit
- Crim., 12 janv. 1983**, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 322
- Crim., 23 févr. 1983**, n° 81-93.729, *Bull. crim.* n° 65
- Crim., 19 avr. 1983**, n° 82-90.345, *Bull. crim.* n° 108, *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 96

- Crim., 20 juin 1983**, n° 82-92.593, *Bull. crim.* n° 189
- Crim., 22 nov. 1983**, n° 81-93.446, *Bull. crim.* n° 307, *Rev. sc. crim.* 1985, p. 309, Bouzat
- Crim., 5 juin 1984**, n° 83-90.215, *Bull. crim.* n° 212
- Crim., 29 oct. 1984**, n° 83-92.268, *Bull. crim.* n° 323
- Crim., 3 janv. 1985**, n° 83-94.530, *Bull. crim.* n° 5
- T. corr. Paris, 28 janv. 1985**, *D.* 1985, p. 357, Marchi, *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 287, Ducouloux-Favard
- Crim., 20 mars 1985**, n° 84-92.631, *Bull. crim.* n° 120
- Crim., 3 juin 1985**, n° 83-95.073, *Bull. crim.* n° 211
- Crim., 16 janv. 1986**, n° 85-95.461, *Bull. crim.* n° 25, *D.* 1986, p. 265, Mayer, Gazounaud et Pradel, *JCP G* 1987, II, 20774, Roujou de Boubée, *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 377, Doucet, *Rev. sc. crim.* 1986, p. 839, Vitu, *ibid.* 1986, p. 849, Levasseur
- Aix-en-Provence, 11 févr. 1986**, *Juris-Data* n° 1986-045465
- Crim., 29 avr. 1986**, n° 84-93.281, *Bull. crim.* n° 148, *D.* 1987, p. 131, Lucas de Leyssac, *JCP G* 1987, II, 20788, Croze
- Crim., 1^{er} oct. 1986**, n° 84-94.124, *Bull. crim.* n° 262, *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 745, Bayet, *Rev. sc. crim.* 1988, p. 93, Bouzat
- Crim., 16 mars 1987**, n° 86-92.932, *Bull. crim.* n° 124
- Crim., 4 mai 1987**, n° 86-93.629, *Bull. crim.* n° 175, *Rev. sc. crim.* 1988, p. 533, Bouzat
- Crim., 18 août 1987**, n° 87-83.084, inédit, *D.* 1988, p. 194, Pradel
- Paris, 30 oct. 1987**, *Juris-Data* n° 1987-026948
- Crim., 14 déc. 1987**, n° 86-94.292, *Bull. crim.* n° 456
- Crim., 15 mars 1988**, n° 87-83.428, inédit, *Rev. jur. env.* 1988, p. 479
- Crim., 11 avr. 1988**, n° 87.83-873, *Bull. crim.* n° 144, *RTD com.* 1989, p. 356, Bouzat
- Paris, 28 avr. 1988**, *Juris-Data* n° 1988-024309
- Crim., 21 juin 1988**, n° 87-85.552, inédit, *RTD com.* 1989, Bouzat
- Crim., 8 nov. 1988**, n° 87-83.909, *Bull. crim.* n° 381
- Crim., 1^{er} mars 1989**, n° 88-82.815, *Bull. crim.* n° 100
- Paris, 12 juill. 1989**, *JCP E* 1990, II, 15824, Reinhard, Dana-Démaret et Serras, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 758 et 669, Gautier, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 84, Viandier et Jeantin, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 355, Giudicelli-Delage

- Pau, 12 juill. 1989**, *Juris-Data* n° 1989-044540
- Crim., 15 janv. 1990**, n° 86-96.469, *Bull. crim.* n° 22
- Crim., 26 févr. 1990**, n° 87-84.091, inédit, *Dr. pén.* 1990, comm. 191, Robert
- Crim., 10 mai 1990**, n° 89-81.772, *Bull. crim.* n° 182
- Crim., 14 mai 1990**, n° 89-85.581, *Bull. crim.* n° 187
- Crim., 21 mai 1990**, *Dr. pén.* 1990, comm. 256, Véron
- Crim., 11 juill. 1990**, n° 89-86.419, *Bull. crim.* n° 284
- Crim., 1^{er} oct. 1990**, n° 89-86.963, inédit
- Crim., 19 nov. 1990**, n° 89-84.690, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 106, Véron
- Crim., 3 déc. 1990**, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 108, Véron
- Crim., 19 févr. 1991**, n° 90-81.695, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 203, Robert
- Crim., 3 avr. 1991**, n° 90-81.157, *Bull. crim.* n° 155, *D.* 1991, p. 275, Azibert, *ibid.* 1992, p. 400, Mascala, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 19, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 579, Bouzat
- Crim., 13 mai 1991**, n° 90-85.539, inédit, *Dr. pén.* 1991, comm. 258, Véron
- Crim., 27 mai 1991**, n° 90-80.267, *Bull. crim.* n° 222
- Crim., 17 juill. 1991**, n° 90-87.454, inédit, *Dr. pén.* 1992, comm. 94, Véron
- Crim., 25 juill. 1991**, n° 90-81.335, inédit, *Dr. pén.* 1992, comm. 29, Véron
- Crim., 6 nov. 1991**, n° 90-84.872, *Bull. crim.* n° 399
- Crim., 5 déc. 1991**, n° 90-86.162, inédit, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 178, Doucet
- Crim., 11 févr. 1992**, n° 91-86.066, *Bull. crim.* n° 63
- Crim., 9 mars 1992**, n° 91-83.361, inédit, *Dr. pén.* 1992, comm. 56, Véron
- Crim., 15 juin 1992**, n° 91-83.558, *Bull. crim.* n° 234, *D.* 1993, p. 15, Azibert, *Dr. pén.* 1992, comm. 282, Véron, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 783, Bouzat
- Crim., 3 nov. 1992**, n° 92-84.745, *Bull. crim.* n° 352, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 152, Jeantin, *D.* 1993, p. 120, Ducouloux-Favard, *Dr. pén.* 1993, comm. 87, Robert, *Dr. sociétés* 1993, comm. 82, Hovasse, *JCP E* 1993, I, 3652, Viandier et Caussain, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 787, Giudicelli-Delage, *Rev. sociétés* 1993, p. 436, Jeandidier, *RTD com.* 1993, p. 534, Reinhard
- Crim., 19 janv. 1993**, n° 90-84.624, *Bull. crim.* n° 25
- Crim., 14 avr. 1993**, n° 92-84.575, inédit, *D.* 1993, p. 616, Fenaux
- Crim., 7 sept. 1993**, n° 93-82.904, *Bull. crim.* n° 262, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 323, Bouloc
- T. corr. Paris, 29 sept. 1993**, *Petites Affiches* 5 nov. 1993, n° 133, Ducouloux-Favard

- Crim., 30 nov. 1993**, n° 92-85.671, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 110, Véron, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 764, Ottenhof
- Crim., 8 déc. 1993**, n° 93-81.669, *Bull. crim.* n° 379
- Crim., 15 mars 1994**, n° 93-81.607, inédit, *Dr. pén.* 1995, comm. 153, Véron
- Crim., 6 avr. 1994**, n° 93-82.606, *Bull. crim.* n° 135, *Dr. pén.* 1994, comm. 158, Véron, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 760, Bouloc
- Crim., 26 avr. 1994**, n° 93-84.880, *Bull. crim.* n° 149, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 773, Giudicelli-Delage, *ibid.* 1995, p. 96, Bouloc
- Crim., 1^{er} juin 1994**, n° 93-83.382, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 234, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 102, Ottenhof
- Crim., 20 juin 1994**, n° 93-84.425, inédit, *Dr. pén.* 1994, comm. 260, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 103, Ottenhof
- Paris, 6 juill. 1994**, *Bull. Joly Bourse* 1994, p. 583, Jeantin, *Petites Affiches* 16 nov. 1994, n° 137, Ducouloux-Favard, *RJDA* 1994, p. 855, Rinczaux
- Crim., 12 juill. 1994**, *Dr. pén.* 1995, comm.1, Véron
- Crim., 26 oct. 1994**, n° 93-84.089, *Bull. crim.* n° 341, *Dr. pén.* 1995, comm. 65, Véron, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 583, Ottenhof, *ibid.* 1995, p. 593, Delmas-Saint-Hilaire
- Paris, 2 déc. 1994**, *Juris-Data* n° 1994-024160
- CE, 9 déc. 1994**, *D.* 1995, p. 183, Julien-Laferrière
- Crim., 3 avr. 1995**, *Gaz. Pal.* 1995, 2, p. 357, *JCP G* 1995, IV, 1690
- Crim., 31 mai 1995**, n° 94-81.063, inédit, *Gaz. Pal.* 1995, 2, p. 434, Doucet
- Crim., 14 juin 1995**, n° 94-85.119, *Bull. crim.* n° 222, *Dr. pén.* 1995, comm. 222, Véron, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 365, Bouloc
- Crim., 4 sept. 1995**, n° 94-84.971, inédit, *Dr. pén.* 1996, comm. 6, Robert, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 378, Ottenhof
- Crim., 26 sept. 1995**, n° 94-84.008, *Bull. crim.* n° 288, *Dr. pén.* 1996, comm. 61, Véron, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 658, Ottenhof
- Crim., 25 oct. 1995**, n° 94-86.064, *Bull. crim.* n° 321, *Dr. pén.* 1996, comm. 63, Robert
- Crim., 26 oct. 1995**, n° 94-83.780, *Bull. crim.* n° 324, *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 120, Rontchevsky, *Dr. pén.* 1996, comm. 83, Véron, *ibid.* 1996, comm. 189, Robert, *Petites Affiches* 24 nov. 1995, n° 141, Ducouloux-Favard, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 621, Fadlallah, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 138, Dintilhac, *ibid.* 1996, p. 645, Bouloc, *Rev. sociétés* 1996, p. 326, Bouloc

- Crim., 26 oct. 1995**, n° 94-83.399, *Bull. crim.* n° 326
- Crim., 10 janv. 1996**, n° 95-85.284, *Bull. crim.* n° 14
- Crim., 22 févr. 1996**, n° 95-81.627, *Bull. crim.* n° 89, *Dr. pén.* 1996, comm. 184, Véron, *Rev. sc. crim.* 1996, Bouloc
- Crim., 28 mars 1996**, n° 95-82.752, inédit, *Dr. pén.* 1996, comm. 183, Véron
- Crim., 2 avr. 1996**, *Dr. pén.* 1996, comm. 185, Véron
- Crim., 24 avr. 1996**, n° 95-83.069, inédit
- Crim., 19 juin 1996**, n° 95-83.756, *Bull. crim.* n° 265, *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 171, *JCP G* 1996, IV, 2349
- Crim., 3 sept. 1996**, inédit, *Dr. pén.* 1997, comm. 17, Véron
- Crim., 1^{er} oct. 1996**, n° 95-85.529, *Bull. crim.* n° 338, *Procédures* 1997, n° 40, Buisson
- Crim., 3 oct. 1996**, inédit, *D.* 1998, p. 68, de Lamy
- Crim., 30 oct. 1996**, n° 94-86.042, inédit
- Crim., 28 nov. 1996**, n° 95-80.168, *Bull. crim.* n° 437, *Dr. pén.* 1997, comm. 59, Véron, *JCP G* 1997, I, 3041, Véron, *RTD com.* 1997, p. 520, Bouloc
- Crim., 4 mars 1997**, n° 96-80.909, inédit
- Crim., 5 mai 1997**, n° 96-81.462, *Bull. crim.* n° 168
- Crim., 15 mai 1997**, n° 95-86.068, *Bull. crim.* n° 189
- Crim., 22 mai 1997**, n° 94-85.933, *Bull. crim.* n° 198
- Crim., 25 sept. 1997**, n° 96-82.818, *Bull. crim.* n° 313
- Aix-en-Provence, 26 févr. 1998**, *Juris-Data* n° 1998-040959
- Crim., 26 mars 1998**, n° 96-85.636, *Bull. crim.* n° 117
- Crim., 30 avr. 1998**, n° 97-82.580, inédit
- Trib. corr. Paris, 13 nov. 1998**, *Dr. et patr.* 1999, p. 111, Caprioli, *Gaz. Pal.* 2000, 1, p. 697, Manseur-Rivet
- Crim., 3 déc. 1998**, n° 97-82.158, inédit, *Gaz. Pal.* 1999, 1, p. 61
- Crim., 17 mars 1999**, n° 98-80.413, *Bull. crim.* n° 44
- Crim., 31 mars 1999**, n° 96-84.162, inédit
- Crim., 2 juin 1999**, n° 98-82.944, inédit
- Crim., 30 juin 1999**, n° 98-82.009, *Bull. crim.* n° 170, *Dr. pén.* 2000, comm. 13, Véron, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 823, Bouloc
- Crim., 13 oct. 1999**, n° 98-86.165, *Bull. crim.* n° 217

- Crim., 10 nov. 1999**, n° 98-81.762, *Bull. crim.* n° 253, *RTD com.* 2000, p. 472, Bouloc
- Crim., 23 févr. 2000**, n° 99-84.739, *Bull. crim.* n° 83, *Dr. fam.* 2000, comm. 93, Rebut, *Dr. pén.* 2000, comm. 83, Véron, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 608, Mayaud, *ibid.* 2000, p. 815, Bouloc
- Crim., 1^{er} mars 2000**, n° 99-81.513, *Bull. crim.* n° 97, *D.* 2001, p. 2352, Segonds, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 831, Ottenhof
- Crim., 26 avr. 2000**, n° 00-80.694, *Bull. crim.* n° 164, *Dr. pén.* 2000, comm. 137, Véron
- Crim., 26 avr. 2000**, n° 99-84.475, inédit
- Crim., 6 sept. 2000**, n° 99-87.552, inédit, *Dr. pén.* 2001, comm. 14, Véron
- Rennes, 28 sept. 2000**, *JCP G* 2001, II, 10592, Geoffroy et Belloir
- Crim., 18 oct. 2000**, n° 00-82.132, inédit, *Dr. pén.* 2001, comm. 28, Véron, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 384, Ottenhof
- Paris, 2 nov. 2000**, *Juris-Data* n° 2000-131526, *Dr. pén.* 2001, comm. 42, Véron
- Crim., 15 nov. 2000**, n° 00-82.948, inédit
- Crim., 29 nov. 2000**, *Dr. pén.* 2001, comm. 45, Véron
- Paris, 6 févr. 2001**, *Juris-Data* n° 2001-142909
- Crim., 13 juin 2001**, n° 00-88.184, inédit
- Crim., 22 août 2001**, n° 01-84.024, *Bull. crim.* n° 169 ; **Crim., 25 juin 2003**, inédit, *Dr. pén.* 2003, comm. 125, Robert
- Crim., 29 janv. 2002**, n° 01-83.122, *Bull. crim.* n° 13
- T. corr. Paris, 13 févr. 2002**, *Dr. social* 2002, p. 1019, Cohen, *RTD com.* 2002, p. 347, Rontchevsky
- Nîmes, 5 avr. 2002**, *Juris-Data* n° 2002-184119
- Crim., 7 mai 2002**, n° 02-80.638, *Bull. crim.* n° 107
- Crim., 7 mai 2002**, n° 02-80.797, *Bull. crim.* n° 108
- Crim., 23 mai 2002**, n° 01-83.983, inédit, *Dr. pén.* 2002, comm. 104, Véron
- Paris, 30 mai 2002**, *Juris-Data* n° 2002-181500, *Dr. pén.* 2002, comm. 132, Véron
- Crim., 17 sept. 2002**, n° 01-85.891, inédit, *Dr. pén.* 2003, comm. 9, Robert
- Crim., 14 nov. 2002**, n° 01-86.021, inédit
- Crim., 29 janv. 2003**, n° 01-88.881, inédit, *D.* 2004, p. 307, Mirabail
- Crim., 29 avr. 2003**, n° 02-86.603, inédit
- Crim., 30 avr. 2003**, n° 02-84.505, inédit

- Douai, 6 mai 2003**, *Juris-Data* n° 2003-218244, *Dr. pén.* 2003, comm. 122, Véron
- Crim., 19 nov. 2003**, n° 02-87.211 et n° 03-80.591, inédits, *Dr. pén.* 2004, comm. 31 et 36, Véron
- Crim., 3 déc. 2003**, n° 02-80.041, *Bull. crim.* n° 232, *Gaz. Pal.* 2004, 2, p. 2605, Monnet
- Crim., 4 févr. 2004**, n° 03-81.984, *Bull. crim.* n° 32 ; *AJ Pénal* 2004, p. 157, Pitoun, *D.* 2005, p. 621, Malabat, *Dr. pén.* 2004, comm. 80, Véron, *Gaz. Pal.* 2004, 3, p. 3237, Monnet, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 633, Fortis, *ibid.* 2004, p. 639, Mayaud
- Crim., 17 mars 2004**, n° 03-85.080, *Bull. crim.* n° 72
- Crim., 5 mai 2004**, n° 03-85.503, *Bull. crim.* n° 110
- Crim., 27 mai 2004**, n° 03-82.738, *Bull. crim.* n° 141, *D.* 2004, p. 2750, Mirabail, *ibid.* 2005, p. 685, Pradel, *Dr. pén.* 2004, comm. 130, Véron, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 881, Mayaud, *ibid.* 2004, p. 886, Ottenhof, *ibid.* 2004, p. 897, Commaret
- Crim., 30 juin 2004**, n° 03-85.019, *Bull. crim.* n° 178, *Dr. pén.* 2004, comm. 156, Véron
- Crim., 5 oct. 2004**, n° 02-86.522, *Bull. crim.* n° 233, *AJ Pénal* 2005, p. 71, Leblois-Happe, *Dr. pén.* 2005, comm. 1, Véron
- Crim., 6 oct. 2004**, n° 03-83.142, inédit, *Dr. pén.* 2004, comm. 27, Véron
- Crim., 9 nov. 2004**, n° 04-81.742, *Bull. crim.* n° 274, *Dr. pén.* 2004, comm. 16, Maron, *ibid.* 2004, comm. 32, Véron, *JCP G* 2004, IV, 3475, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 294, Vermelle
- Crim., 17 nov. 2004**, n° 03-86.233, inédit
- Crim., 23 févr. 2005**, n° 04-80.376, inédit
- Crim., 20 avr. 2005**, n° 04-82.427, inédit, *Dr. pén.* 2005, comm. 113, Robert
- Crim., 8 juin 2005**, n° 05-81.800, *Bull. crim.* n° 174
- Crim., 17 janv. 2006**, n° 05-86.451, *Bull. crim.* n° 21, *D.* 2006, p. 1437, Courtin, *Dr. Pén.* 2006, comm. 41, Robert, *JCP G* 2006, II, 10120, Bouloc
- Crim., 8 févr. 2006**, n° 05-80.301, *Bull. crim.* n° 34, *D.* 2006, p. 2297, Saenko
- Crim., 15 mars 2006**, n° 05-83.556, *Bull. crim.* n° 78, *AJ pénal* 2006, p. 269, Cartier, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 634, Giudicelli
- Crim., 13 sept. 2006**, n° 05-81.737, *Bull. crim.* n° 221
- Crim., 31 janv. 2007**, n° 05-87.096, inédit, *JCP G* 2007, IV, 1559
- Crim., 31 janv. 2007**, n° 06-81.273, inédit
- Crim., 10 mai 2007**, n° 06-84.647, inédit

Crim., 10 mai 2007, n° 06-88.783, inédit

Crim., 26 sept. 2007, n° 07-83.829, *Bull. crim.* n° 224, *AJ Pénal* 2008, p. 137, Cartier, *D.* 2008, p. 1179, Rebut, *Dr. pén.* 2007, comm. 150, Véron, *JCP G* 2008, II, 10047, Segonds, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 69, Fortis

Crim., 8 janv. 2008, n° 07-82.436, inédit, *Dr. sociétés* 2008, comm. 85, Salomon

Crim., 20 févr. 2008, n° 02-82.676 et 07-82.110, *Bull. crim.* n° 44

Crim., 19 mars 2008, n° 07-82.124, *Bull. crim.* n° 71

Douai, 5 nov. 2008, *Juris-Data* n° 2008-373284

Crim., 8 sept. 2010, n° 09-85.961, inédit, *D.* 2011, p. 1862, Mascala, *Dr. pén.* 2010, comm. 144, Véron, *RTD com.* 2011, p. 183, Bouloc

Crim., 11 mai 2011, n° 10-84.344, inédit, *Dr. pén.* 2011, comm. 103, Véron

Crim., 27 juin 2011, n° 00-87.414, *Bull. crim.* n° 164

CEDH, 6 oct. 2011, n° 50425/06, *AJ Pénal* 2012, p. 156, Lasserre-Capdeville, *Bull. Joly Bourse* 2012, 11, Morel-Maroger, *Cah. Lamy Dr. pén. aff. avr.* 2012, 1, Gallois, *D.* 2011, p. 2597, Bachelet, *ibid.* 2011, p. 2823, Roujou de Boubée, *ibid.* 2012, p. 199, Bachelet et Zerouki-Cottin, *ibid.* 2012, p. 1698, Mascala, *Rev. sc. crim.* 2012, p. 252, Roets, *Rev. sociétés* 2012, p. 180, Matsopoulou

Crim., 27 juin 2012, n° 11-86.773, inédit

Crim., 11 juin 2013, n° 11-88.542, inédit



Résumé : Avec le développement de la criminalité et de la délinquance internationale, de nombreuses infractions se réalisent partiellement ou totalement hors du territoire de la République. Afin de soumettre ces infractions comportant un élément d'extranéité au droit pénal français, le législateur et les juridictions internes tentent de ramener ces dernières sur le territoire de la République en établissant un lien entre le territoire national et l'infraction transnationale. A défaut pour le territoire d'être modifié, l'infraction est manipulée. Par conséquent, les règles de sa consommation vont se trouver altérées pour les besoins de sa localisation. La présente étude conduit à dégager une progression dans l'artifice qui consiste à retenir un critère de rattachement, soit appartenant à l'élément matériel de l'infraction mais ne pouvant pas être pris en compte, soit n'appartenant pas à l'élément matériel de l'infraction, et donc ne devant pas être pris en compte.

Descripteurs :

Extranéité (élément d') – Matérialité – Territorialité (principe de) – Compétence territoriale.

Title and Abstract : The material element of the offence is confronted to the need to extend the Territorial Principle

With the constant increase of international felony and criminality, more and more offences take place partially or totally out of France. In order to submit these offences with a foreign element to the French criminal law, the national lawmaker and criminal courts are trying to repatriate these breaches within the French territory by trying to establish a link between France and the offence incorporating the foreign element. Since the National boundaries cannot be modified therefore the offence is legally modified. Consequently, the rules regarding the accomplishment of the offence will be modified in order to establish its location.

The present Thesis leads to enhance an artificial progression which consists in retaining a connection for the offence, either pertaining to the material element of the offence but which cannot be taken into account or, either not pertaining to the material element of the offence which should not be taken into account.

Keywords :

Material element – Territorial Principle